

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Los derechos fundamentales de los extranjeros en el constitucionalismo contemporáneo

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Consuelo Nieto Roales-Nieto

Director

Fernando Valdés Dal-Ré

Madrid, 2017

**Dña. Consuelo Nieto Roales-Nieto
D. Fernando Valdés Dal-Ré**

**Los derechos fundamentales
de los extranjeros en el
Constitucionalismo Contemporáneo**



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

Facultad de Derecho

*A **Consuelo** y **María** por estar siempre ahí.
A **Manuel** por permanecer siempre a mi lado.*

*Mi más sincero agradecimiento a mi director
Fernando Valdés Dal-Ré por todos estos años
haciéndome partícipe de sus enseñanzas, por su
paciencia y sus palabras de ánimo constante que
han hecho posible este trabajo de investigación.*

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
 CAPÍTULO I	 13
EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS	13
1. Hacia el estado Constitucional de derecho.....	13
2. Los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo contemporáneo. El Neoconstitucionalismo.....	22
2.1. Los derechos Fundamentales. Principios y reglas	36
2.2. El proceso de constitucionalización del derecho. Grados de evolución	47
2.2.1. Alteración del valor interpretativo.....	50
2.2.2. El papel de la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales. Ponderación y subsunción	53
2.2.3. La objeción contramayoritaria a la justicia Constitucional. Democracia y objeción contramayoritaria. La legitimación democrática.	58
3. Constitucionalismo y derechos fundamentales de los extranjeros.....	64
4. La defensa de los derechos fundamentales fuera del marco del Estado Nacional. Constitucionalismo y derechos humanos.	78
4.1. Un acercamiento a los derechos humanos	83
4.2. A modo de conclusión	89
 CAPÍTULO II.....	 95
LA ORDENACION LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS.....	95
1. Los derechos fundamentales y la constitución española.	95
2. Los derechos fundamentales de los extranjeros. El art.13 CE como marco de atribución.	106
3. La ordenación legal en materia de extranjería.....	122
3.1. La Ley Orgánica 7/1985	122
3.1.1. Una ley con importantes déficits de integración	122
3.1.2. La sentencia 115/1987 del Tribunal Constitucional.....	126
3.1.3. Las posteriores iniciativas de reforma.	130
3.2. La Ley Orgánica 4/2000: sus objetivos de fortalecimiento de los derechos de los extranjeros y de su integración.	133
3.3. Las posteriores reformas: avances y retrocesos en la defensa de los derechos de los extranjeros.....	145
3.3.1. La Ley Orgánica 8/2000:.....	145
A. Su objetivo esencial: el recorte de derechos de los extranjeros.	145
B. La razonable reacción: la oleada de recursos de inconstitucionalidad.....	148
3.3.2. Ley Orgánica 11/2003	159
A. Consideraciones generales	159
B. La mejora de la protección de las mujeres.	162
C. Los cambios de retroceso: el reforzamiento de los reforzamiento de los procesos de expulsión.....	174
3.3.3. La Ley Orgánica 14/2003.	176
A. Una avalancha de cambios legislativos.....	176
B. La continuidad de los juicios de constitucionalidad	178
3.3.4. Ley Orgánica 2/2009: los intentos de mejorar los procesos de integración. .	185

3.3.5. La última reforma, por el momento: la Ley Orgánica 10/2011.	189
3.4. A modo de conclusión.	191
CAPÍTULO III	192
EL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO Y DE LAS LIBERTADES	
PÚBLICAS DE LOS TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS	192
1. El Derecho al Trabajo fuera del marco nacional	192
1.1. Introducción	192
1.2. La Carta Social Europea	193
1.3. El derecho Europeo.....	195
1.4. La OIT como paradigma de protección de los derechos de los trabajadores.	199
1.4.1. Los instrumentos específicos sobre los trabajadores migrantes.	201
1.4.2. El estado actual del debate sobre trabajadores migrantes en la OIT.	209
2. El Derecho al trabajo en la Constitución.	214
2.1. El marco general: estructura, ámbito subjetivo y contenido.....	214
2.2. El ejercicio del derecho al trabajo por titulares diversos a los reconocidos en la Norma Constitucional.....	220
2.3. El ejercicio del derecho en ausencia de autorización para trabajar. Validez o invalidez del vínculo laboral.....	230
2.4. La vinculación con las libertades públicas. El derecho de libertad sindical. Contenido esencial y ámbito subjetivo del derecho.	238
2.5. La libertad sindical en las Declaraciones y los tratados internacionales. La titularidad y el contenido del Derecho. La OIT.....	244
2.6. El derecho de libertad sindical en la Ley Orgánica de extranjería.	249
2.7. La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar.....	253
2.8. Los problemas derivados del reconocimiento del ejercicio de los derechos de libertad sindical y huelga.....	263
2.9. Una propuesta a medio camino.....	272
2.10. A modo de conclusión.	274
CAPÍTULO IV.....	280
LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO	
CONTEMPORANEO	280
1. La incertidumbre del Estado Social de derecho.	280
2. La retórica de los derechos sociales como derechos humanos.	286
2.1. Europa. Una protección disminuida para los derechos sociales.	292
2.2. Los derechos sociales en el sistema de Tratados de la Unión Europea.	300
3. De la retórica a la realidad de los derechos sociales.....	305
4. El alcance de los derechos sociales en la Constitución española.	316
4.1. La salud como bien negociable.....	320
4.2. La educación como instrumento de integración social.	336
CONCLUSIONES	358
BIBLIOGRAFÍA	363

RESUMEN

En los últimos tiempos, el fenómeno de la inmigración económica se ha convertido ya una realidad estructural, no puramente coyuntural o circunstancial. Entre los principales motivos que mueven a las personas a migrar se encuentran las crecientes desigualdades económicas entre los diferentes países o la búsqueda de seguridad como vía de escape a entornos en conflicto. Este último factor está propiciando, en la actualidad, el inicio de una nueva era, reflejo de un mundo antiguo, en el que se levantan nuevas fronteras allí donde ya fueron derribadas.

En este contexto, se defiende un modelo de Estado de derecho, en particular, el llamado neoconstitucionalismo, como modelo que está en posición de garantizar la satisfacción de todos los derechos fundamentales de la persona al más alto nivel, condicionando para ello y en diferente medida a la legislación y a la jurisprudencia. El análisis pretende mostrar que el neoconstitucionalismo es un proceso dinámico que se completa a cada paso y cuyo final aún está por decidir.

Desde esta perceptiva se analiza el papel que desempeñan los derechos fundamentales en el ámbito internacional, regional y nacional. En un momento posterior se examina el desarrollo legislativo en el ámbito de extranjería para verificar si las distinciones establecidas en su disfrute en atención a sus titulares son acordes a las Declaraciones y tratados internacionales en la materia y a lo establecido en el texto constitucional.

En particular, se analiza la titularidad de los derechos al trabajo, a la libertad sindical y huelga, a la protección de la salud y a la educación, derechos que constituyen el núcleo más afectado por los avances y retrocesos del desarrollo legislativo en el ámbito de extranjería.

En el proceso se mostrara las diferentes modificaciones de que ha sido objeto la Ley de extranjería, la constante interposición de recursos de inconstitucionalidad y la relevante labor interpretativa del Tribunal Constitucional en la determinación del reconocimiento y alcance de los derechos fundamentales de los extranjeros.

ABSTRACT

In recent times, the phenomenon of economic immigration has become a structural, rather than purely a temporary or circumstantial situation. Among the main reasons motivating people to migrate are the growing economic inequalities between different countries and a search for security as a way of escaping areas affected by war. This latest factor is currently leading to the start of a new era: a reflection of an old world where new frontiers are going up where they had been taken down.

In this context, the rule of law model is upheld, particularly in the form known as neoconstitutionalism, in order to ensure that all fundamental human rights are complied with at the highest level. This conditions legislation and case law to varying degrees. The analysis attempts to show that neoconstitutionalism is a dynamic process completed step by step, whose end has yet to be decided.

The role played by fundamental rights in the international, regional and national sphere is analysed from this perspective. Legislative development in the area of immigration law is then examined to confirm whether the distinctions established for the holders of fundamental rights to enjoy them are in accordance with the international declarations and treaties on the issue and the provisions of the text of the constitution.

In particular, an analysis will be made of who holds the right to work, to trade union freedom, to strike and to the protection of health and education. These rights constitute the core that is most affected by advances and setbacks in legislative development in the area of immigration.

The process will show the different modifications to immigration law, the constant lodging of appeals claiming unconstitutionality and the important interpretive work of the Constitutional Court in determining the recognition and scope of the fundamental rights of foreigners.

INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, el fenómeno de la inmigración económica se ha convertido ya una realidad estructural, no puramente coyuntural o circunstancial. Las fuerzas que impulsan la migración laboral son múltiples y complejas. Entre los principales motivos que mueven a las personas a migrar se encuentran las crecientes desigualdades económicas entre los diferentes países, la ausencia de empleo remunerado y de trabajo decente o la búsqueda de seguridad como vía de escape a entornos en conflicto. Este último factor está propiciando, en la actualidad, el inicio de una nueva era, reflejo de un mundo antiguo, en el que se levantan nuevas fronteras allí donde ya fueron derribadas. No deja de ser paradójico que precisamente son los Estados de Derecho los que propugnan la universalidad de los derechos del hombre pero, al mismo tiempo, la confinan a sus fronteras y no tienen mayor dificultad en abrir o cerrar sus puertas a su conveniencia.

Dentro de este contexto, se ha pretendido a lo largo del presente trabajo de investigación ilustrar un modelo de Estado de derecho, en particular, el llamado neoconstitucionalismo, por considerar que está en posición de garantizar la satisfacción de todos los derechos fundamentales de la persona al más alto nivel, condicionando para ello y en diferente medida a la legislación y a la jurisprudencia.

El capítulo primero está dedicado precisamente a desentrañar el valor de este modelo de Estado de derecho, como teoría, metodología e ideología. El análisis pretende mostrar que el neoconstitucionalismo es un proceso dinámico que se completa a cada paso y cuyo final aún está por decidir. Que hoy la tutela de los derechos fundamentales y las libertades se entienda como esencial al Estado de Derecho no implica que siempre fuera así. El camino hacia su reconocimiento y tutela nunca fue llano. Su conquista representa hoy el fruto de luchas constantes ganadas en el tiempo, que no deben admitir retroceso.

El constitucionalismo reconoce igualmente una serie de valores o principios ético-políticos que van a condicionar la validez sustancial del derecho

mismo. En este sentido, el modelo va más allá de las formas, fundando la validez de las decisiones, en relación a su contenido. Los límites sustanciales vienen impuestos directamente por la Constitución. De esta forma, el ser y el deber ser del derecho gozan de una doble garantía, tanto en cuanto a sus formas de producción, el ser o validez formal, como, en cuanto a sus contenidos, el deber ser o validez sustancial.

Desde este contexto de referencia se revisan los aspectos esenciales del modelo. En este sentido, si se trata de una teoría del derecho divergente o contraria a la positivista o se intenta aclarar si, por el contrario, la complementa; añadiendo otros aspectos, tales como si la conexión entre moral y derecho es cuestionable o necesaria. Del mismo modo se analiza cómo se desenvuelven las normas dentro del complejo constitucionalismo de los derechos a través de la distinción entre reglas y principios, la instrumentación del modelo de ponderación y el papel que desempeñan, en este entramado universo jurídico, la justicia constitucional, la ciencia jurídica y los actores sociales.

El último aspecto gira en torno a la titularidad de los derechos fundamentales y a su proclamación como derechos universales. En la práctica, esta vocación universalista es más tendencial que real. Esta realidad se debe a que su configuración universalista nace en un momento en el que la distinción entre hombre y ciudadano no planteaba ningún problema. Sin embargo, la inversión de los movimientos migratorios dirigidos, en los últimos tiempos, principalmente a Europa, hace renacer la vieja distinción entre estas categorías. De esta forma, la ciudadanía se configura como parámetro de reconocimiento o exclusión para el disfrute de los derechos, con la consiguiente renuncia al modelo universalista de los derechos.

Desde esta perspectiva se analiza la relación entre el binomio Estado e individuo y las diferentes posiciones en que este último puede encontrarse frente al primero, con el objetivo de verificar si las diferenciaciones de status tienen razón de ser fuera del marco de un Estado o, si por el contrario, fuera de este, solo el status de persona goza de entidad propia.

En el capítulo segundo se parte de la actual configuración de los derechos fundamentales en la Constitución española y las distinciones establecidas en su disfrute en atención a sus titulares. Una vez determinado cuál es el contenido y la extensión constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas a los extranjeros, el objetivo es plantear la posibilidad de un entendimiento de los mismos en otros términos, analizando si hay algo en la estructura de los derechos fundamentales que impida una atribución de los mismos con carácter universal.

En un momento posterior se analiza la idoneidad de los diferentes desarrollos normativos de los que ha sido objeto la materia de extranjería. Con la promulgación de la actual Ley Orgánica de extranjería se buscaba solventar los importantes déficits de integración de su antecesora. En tal sentido, la ley nace con un espíritu aperturista, modificando sustancialmente el régimen anterior al dispensar una mayor protección al colectivo inmigrante. De este modo se daba el primer paso para su integración social a través del reconocimiento de una serie de derechos tales como el derecho de reunión, asociación, sindicación y huelga con independencia de la situación administrativa en que se encuentre el sujeto y en consonancia con el contenido esencial de estos derechos. Entre las virtudes de la Ley, destacaba su intención de adecuarse a la realidad a la que debía ser aplicada que no era otra que, la existencia de una significativa población inmigrante de la cual, una gran parte vivían dentro de nuestro sistema legal, en una situación administrativa de ilegalidad. Se comenzaba así a tomar conciencia de haber dado un tratamiento al fenómeno de la inmigración desde la perspectiva de la dirección y control de flujos, obviando la necesidad de abordar este ámbito desde la perspectiva de la integración social de los inmigrantes. Su existencia fue breve; en escasos meses sería objeto de una reforma dirigida principalmente a un recorte sustancial de los derechos con un objetivo definido, los extranjeros en situación irregular. A partir de este momento se inicia una oleada de recursos de inconstitucionalidad.

Los capítulos tercero y cuarto están dedicados a aquellos derechos sociales fundamentales que se han considerado de mayor relevancia para el libre desarrollo de la personalidad. Se trata de derechos en mayor o menor

medida vinculados a la dignidad humana pero, en cualquier caso, inexorablemente unidos a ella.

En un primer momento se analiza el derecho al trabajo por su tradicional consideración como paradigma de los derechos sociales, dato que lo sitúa en una posición privilegiada dentro de la cláusula del Estado social y el derecho a la libertad sindical.

En el contexto actual subyace la idea de estar en presencia de la crisis del derecho del trabajo como paradigma de los derechos sociales que hacen renacer viejos usos que se dirigen más a la búsqueda de formas de no exclusión que de integración social, propiciadas por las condiciones precarias del mercado de trabajo, la inestabilidad y la consiguiente pérdida de calidad en el mismo. Esto constituye un problema añadido cuando se trata de argumentar la posibilidad de reconocer el derecho al trabajo a los no nacionales, lo que conduce al inevitable análisis de la titularidad del derecho.

El derecho al trabajo es uno de los derechos que evidencian una mayor potencialidad de exclusión. En este sentido, se reprime cualquier fórmula que, de algún modo, configure de forma directa a los extranjeros como titulares del derecho de trabajo. Del análisis realizado se desprenderá que los extranjeros no figuran entre los posibles titulares del derecho al trabajo, pero sí de su ejercicio. Por tanto, una vez descartada la titularidad del derecho al trabajo, quedaría por verificar el alcance del principio de igualdad en relación al ejercicio del derecho.

En relación al derecho de libertad sindical, la primera premisa es determinar si un derecho inherente a la dignidad de la persona o, por el contrario, es un derecho de configuración legal, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. De pertenecer a la primera categoría, ésta sería la vía de apertura para el reconocimiento del derecho a otros titulares diversos de los extranjeros habilitados para trabajar; aquellos que se encuentran trabajando en situación irregular.

El Capítulo cuarto está dedicado al derecho a la protección de la salud y a la educación. Estos derechos, unidos al derecho al trabajo y la libertad

sindical y de huelga constituyen el núcleo más afectado por los avances y retrocesos del desarrollo legislativo en el ámbito de extranjería.

La protección de la salud, como el derecho de educación son derechos de alcance general. Ambos derechos coinciden además en que su tutela requiere de grandes partidas económicas. Este dato favorece que, en momentos de crisis sean tratados como bienes negociables a la baja.

En este sentido, es especialmente significativa la exclusión del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria básica de los extranjeros en situación de irregularidad y las consecuencias que pueden derivarse de mantener esta situación en el tiempo.

En relación al derecho a la educación se analiza el régimen actual de atribución de titularidad del derecho tras las variaciones sufridas en distintas reformas de la Ley Orgánica de extranjería con el propósito de mostrar que su alcance general se encuentra aún comprometido. Este hecho adquiere mayor relevancia al constituir la educación un factor decisivo en el proceso de socialización de los individuos. El derecho a la educación es en sí un instrumento y un fin, no solo para el desarrollo de la personalidad, sino para alcanzar la meta de que la cultura de los derechos humanos, se instale definitivamente entre nosotros.

CAPÍTULO I

EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORANEO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS

1. Hacia el estado Constitucional de derecho.

Los derechos fundamentales y las libertades, tal y como son concebidos en el constitucionalismo de nuestros días, son, en realidad, el fruto de luchas constantes, de conquistas ganadas en el tiempo, que ya no admiten retroceso. Que hoy su tutela se entienda como esencial al Estado de Derecho, no implica que siempre fuera así. Los derechos, reconocidos en los diferentes textos constitucionales contemporáneos, se han desarrollado en unos determinados contextos históricos, sociales y políticos que han condicionado su efectiva existencia. En particular, “cada tiempo histórico produce su propia cultura de los derechos [...] por lo tanto, más allá y aún antes del dato jurídico-formal, de la dogmática jurídica de los derechos [...] existe el condicionamiento de la cultura de las libertades”¹. Este hecho es fundamental para comprender como fueron pensados los derechos y las libertades de los individuos hasta alcanzar su consagración con el constitucionalismo de los derechos. Todo ello en un intento de revalorizar la importancia de proteger los derechos y libertades conquistados, de garantizar aquellos que, aun hoy, adolecen de una eficacia plena y de encontrar finalmente el camino para la extensión de los mismos a todos, tal y como han sido proclamados.

A lo largo de la historia, los modelos teóricos de tutela de la libertad más influyentes han sido el historicista, el individualista y el estatista. Su influencia

¹ Cfr. Maurizio FIORAVANTI. “*Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*” Ed. Trotta 4ª edición. Madrid 2003, pp.24

radica, más en las combinaciones que en un momento histórico determinado se establecen entre dos de los tres modelos y en contraposición al restante, que en la consideración de forma aislada de cada uno de ellos. Su resultado es el origen de ciertas concepciones del Estado de Derecho. La asociación del fundamento individualista y estatalista de las libertades en clave antihistoricista corresponde a la concepción resultante de la revolución francesa. El fundamento individualista e historicista con negación de la estatalista, a la revolución americana. Y finalmente, la última combinación que une la doctrina historicista y estatalista contra el individualismo, dando lugar a la formulación del Estado de Derecho europeo del periodo decimonónico².

Las diferentes combinaciones entre los distintos modelos retratan experiencias históricas diversas; sin embargo, convergen en un punto común: los tres representan en alguna medida el final de una época y el inicio de una nueva forma de concebir la organización política, la sociedad civil y la justicia.

En el modelo individualista se contraponen “orden individual a estamental”, apareciendo el individuo como único sujeto de derecho lejos de los viejos privilegios estamentales. Este es uno de los aspectos fundamentales que diferencian la cultura historicista e individualista de las libertades. Así, el inicio del derecho moderno arranca con la filosofía iusnaturalista que crea una nueva forma de entender los derechos del hombre y del ciudadano mediante el “artificio lógico y argumentativo del estado de naturaleza”, alcanzando su primera expresión en las declaraciones revolucionarias de derechos, principalmente con la francesa de 1789. Esta nueva concepción de los derechos implica una visión diferente del núcleo de poder, partiendo de la idea de que “la asociación política existe [...] porque los individuos la han querido y construido”³. Por ello, el Estado no es otra cosa que el fruto de la voluntad expresa de los ciudadanos en sede constituyente, según el esquema del contrato social. Esta perspectiva contractualista tiene, al mismo tiempo, una vertiente estatalista, que se manifiesta precisamente en la necesidad de un instrumento colectivo de poder, ya sea como medio de destrucción del viejo

² M. FIORAVANTI. *Op.cit.*, pp. 25 y ss.

³ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op.cit.*, pp. 35,38.

orden estamental o como forma de garantía de los derechos y libertades, pero, en cualquier caso, siempre a través de la ley. De este modo, “los derechos naturales de los hombres [...], conducían a la soberanía de la ley, producida por el concurso de los ciudadanos”⁴. La consecuencia de esta paradoja es lo que se denomina legicentrismo que, a su vez, provoca una rectificación del modelo individualista a favor del estatalista.

En la cultura individualista, el papel del Estado difiere de la noción que del mismo se tiene en el modelo estrictamente estatalista. Si bien coinciden en la necesidad de seguridad en términos de estabilidad y unidad, para los individualistas las libertades preceden al Estado y representan “el valor primariamente constituido”. Sin embargo, para la cultura estatalista, no existen derechos previos al Estado. Su papel, en relación a los derechos y libertades, gira en torno a la idea de pacto y no de contrato. La voluntad de los individuos se plasma a través del pacto “como acto de subordinación unilateral, no negociable, irreversible y total con el que todos simultáneamente se someten al sujeto investido con el monopolio del *imperium*”. Los individuos ya no son aquellos sujetos racionales que buscan, “mediante el contrato de condiciones mejores de ejercicio y de tutela de los derechos que ya poseen –en el estado de naturaleza–”. Ahora se presentan como “sujetos desesperadamente necesitados de un orden político, que no poseen nada concreto y definitivo y – que precisamente por esto- no pueden querer y desear otra cosa sino el Estado políticamente organizado”⁵.

En cualquier caso estos modelos no aparecen en la historia en estado puro. En la revolución francesa se entremezclan individualismo y contractualismo con cierta versión estatalista, mientras que en la otra gran revolución, la americana, se combinan individualismo e historicismo con exclusión de las filosofías estatistas europeas. La razón no es otra que los diferentes contextos históricos en los que una y otra se desarrollan. En Francia

⁴ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY. “*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*”. Madrid. Ed. Trotta 2ª edic. 1997, pp. 53

⁵ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op.cit.*, pp. 48,50

la revolución busca romper con el antiguo régimen para crear *ex novo* toda la organización social y política. Por el contrario, en el modelo americano no existe un antiguo régimen que combatir. Este hecho será determinante para el significado otorgado a los derechos y libertades en las dos revoluciones y sobre todo, en lo todo lo relativo a la articulación de sus garantías.

En Francia, la garantía de los derechos y libertades se confía a la ley general y abstracta y a la autoridad del legislador, entendido éste como expresión de la voluntad general. En la mentalidad revolucionaria, estaba presente el deseo de mantener activa la voluntad constituyente del pueblo o nación y la convicción de sociedad y constitución unida a la de garantía de los derechos; sin embargo, no hubo “un intento serio de contraponer el derecho natural de las libertades al derecho positivo dado por la ley del Estado, individualizando en el primero un límite externo a la autoridad del segundo”⁶, hecho que dificultó la construcción de un auténtico sistema de garantías.

El constitucionalismo americano, por su parte, se consolidará combinando individualismo iusnaturalista e historicismo. En este modelo, los derechos se confían a una Constitución rígida dotada de un mecanismo de control de constitucionalidad destinado a imponer a los poderes públicos la garantía de los derechos. Desde esta perspectiva, “se sostiene que el constitucionalismo moderno, entendido como técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía [...], nace con la Constitución federal americana de 1787”⁷. Pese a todo, desde la perspectiva del programa constitucional, es menos ambiciosa que la francesa. Para los constituyentes franceses, “el constitucionalismo moderno contiene también, necesariamente, *un proyecto y una promesa para el futuro, la de una sociedad más justa*”. La diferencia viene marcada por el elemento historicista, ausente en la revolución francesa y fundamental en la americana, donde se “*subraya más la necesidad de tutelar los derechos existentes que la necesidad de extender a todos su efectivo goce*”. En este sentido, el entorno histórico francés fue el que favoreció

⁶ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op.cit.*,73

⁷ Cfr. N. MATTEUCCI. “*La costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo. T. Bonanzi La costituzione statunitense e il suo significato odierno*”, Bolonia 1988. En M. FIORAVANTI. *Op.cit.*,pp.77

“el nacimiento de una *filosofía de la transformación social* con el fin de promover la igualdad en el goce de los derechos, con una fuerza y una intensidad [...] desconocidas en la revolución americana”⁸ y en la cultura histórica de los derechos.

Hasta este momento las libertades y los derechos habían aparecido siempre vinculados a la noción de ciudadanía y, a su vez, a la posibilidad de participación en el ámbito público. Con la Declaración de derechos francesa, ciudadanía y personalidad son los dos estatus jurídicos posibles del individuo, dando lugar a la división de los derechos, en derechos del ciudadano y derechos de la persona. La gran aportación francesa fue que casi todos los derechos fueron instituidos como derechos de la persona, con excepción de los políticos que se reservan al ciudadano. Esta configuración de los derechos es lo que caracteriza la concepción moderna de la libertad; “el tránsito desde la libertad de los antiguos a la libertad de los modernos[...], coincide con el paso desde un modelo comunitario hacía un modelo individualista de los *status* subjetivos”⁹. Se rompe, por tanto, con la idea de ciudadanía como presupuesto de la libertad y del disfrute de los demás derechos asociados a la pertenencia a una determinada comunidad. En este momento, desaparece la noción política de libertad, propia del mundo antiguo, atribuida al ciudadano en cuanto no esclavo ni extranjero, para ser interpretada como la libertad del individuo en cuanto tal¹⁰.

En lo que resta, en la etapa postrevolucionaria, la concepción francesa y americana se entremezcla en la historia del constitucionalismo moderno. La cultura de los derechos y libertades se caracteriza, principalmente, por la necesidad constante de estabilidad, de encontrar un punto de equilibrio entre constitución como norma directiva y constitución como garantía de los derechos, entre poder constituyente y poder constituido, en definitiva, entre sociedad civil y organización política.

⁸ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op.cit.*, pp.94

⁹ Cfr. Luigi FERRAJOLI. “*Derechos y garantías. La Ley del más débil*”. Ed.Trotta. Madrid,2002, pp120

¹⁰ L. FERRAJOLI. *Op.cit.*, pp. 99,100

Los resultados son diversos. En los Estados Unidos, el historicismo sirve para argumentar la rigidez de la constitución frente al poder del Estado; sin embargo, en la Europa continental la opción por el modelo historicista, junto al estatalista sirve para argumentar la flexibilidad de las constituciones. Como consecuencia de lo anterior, en el modelo americano la garantía de los derechos se confía al control de constitucionalidad y se impone a los poderes públicos, mientras que en la Europa continental “*los derechos están en el Estado* y el arbitrio puede provenir del poder constituyente, de las voluntades particulares de los individuos y de las fuerzas sociales”. En el liberalismo europeo esto se traduce en un desplazamiento de la constitución a favor de la ley. La certeza del derecho incorporado en los códigos prevalece “frente a las constituciones y a las declaraciones de derechos, demasiado fluctuantes y por ello, poco seguras”¹¹. La tutela de los derechos, que en el modelo americano se confía a la constitución, se sustituye en el liberalismo estatal por la certeza del derecho positivo del Estado.

El abandono de la constitución a favor de la ley consolidó una cultura de los derechos y libertades que negaba de raíz su fundamento en el estado de naturaleza y su configuración como valores previos al Estado. Ahora los derechos y libertades son tan solo el resultado del derecho positivo del Estado. De esta forma, “el Estado liberal de derecho era un *Estado legislativo* que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad”¹².

Los ámbitos de autonomía de Estado y sociedad aparecen cada vez más delimitados, lejos de intromisiones de uno u otro en sus respectivas esferas, hasta el punto de desaparecer “la necesidad de legitimarse sobre la base de principios de naturaleza político-constitucional”. Estado y sociedad se compensan en la lógica liberal a través del ideal de que “la constitución como norma fundamental de garantía (*costituzione-garanzia*) no puede imponerse como norma al Estado soberano, pero al mismo tiempo la constitución como

¹¹ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op. cit.*, pp. 107-110

¹² Cfr. G. ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, pp 24

norma directiva (costituzione-indirizzo) no puede imponerse, por el Estado, como norma a la sociedad”¹³.

Relegada la constitución a un plano inferior, la ley se instituye como el eje central de toda la estructura política, jurídica y social del Estado liberal decimonónico. El gran avance de este periodo fue el hecho de que ahora, y en principio, todos los sujetos políticos aparecen disciplinados por la ley. Esto respondía a la búsqueda de limitación de la arbitrariedad del Estado y al ansiado equilibrio entre Estado y sociedad. Sin embargo, se trataba de un avance limitado. En este sentido y desde la perspectiva del “Estado como legislador, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino sólo como una *autolimitación* y como una *concesión*”¹⁴. La negación del carácter previo de los derechos conducía, por tanto, a que éstos “existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado”. Una vez establecidos por la ley, representaban el límite entre el poder del Estado y la libertad de los individuos. La construcción liberal de los derechos públicos subjetivos se corresponde, por tanto, con una configuración formal de los mismos. Los derechos se reducen simplemente a forma jurídica, la de la ley, y su garantía quedaba así limitada a la «reserva de ley»¹⁵. Contra el arbitrio del legislador se oponía el concepto histórico de nación y el desarrollo alcanzado por los derechos y libertades que, al no admitir retroceso sobre lo conquistado, constituía el límite a la actuación legislativa.

Por otro lado, el poder del Estado como administración quedaba vinculado a lo establecido en las prescripciones contenidas en la ley, de tal modo que libertad y propiedad representaban el límite a preservar. En el caso de colisión con los intereses de los particulares la actuación de la administración se configuraba como mera “ejecución de autorizaciones

¹³ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op. cit.* pp. 114-124

¹⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY. *El autor hace referencia a la doctrina de los derechos públicos subjetivos y a la caracterización del Estado como administración pública y al Estado como legislador en su vinculación con la ley. Sólo en el primer supuesto, podía considerarse sujeto a la ley. En el segundo caso, era por su propia naturaleza señor de la ley y, por tanto, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo. Op.cit., pp 48.*

En el mismo sentido M. Fioravanti. En el liberalismo estatista la autoridad soberana del Estado se presupone plena y los derechos de los individuos se corresponden con un acto soberano de autolimitación. Op.cit., pp118

¹⁵ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op.cit.*, pp. 48

legislativas”. Para los particulares, al contrario, regía el principio de autonomía, salvo prohibición legislativa expresa. Esta distinta posición ante la ley, era la “consecuencia de asumir, junto al *principio de legalidad*, el *principio de libertad* como pilar del Estado del derecho decimonónico”¹⁶.

A pesar del avance que representaba, esta construcción de los derechos públicos subjetivos adolecía de una insuficiencia de garantía. Los derechos carecían de una entidad jurídica propia. La ausencia de principios vinculantes haciendo depender el alcance de los derechos exclusivamente de la ley, implicaba asumir el riesgo de su limitación y, por la misma vía, de su posible eliminación. Este tipo de construcción era propia del positivismo jurídico, ideología entonces dominante. La consecuencia no podía ser otra: el exceso de legalidad unido a la ausencia de una distinción sustancial entre ley y derechos, condujo finalmente a la confusión entre derecho y legalidad, negando la posibilidad a concepciones no absolutistas de la ley.

Esta situación perduró durante un largo periodo de tiempo, manteniéndose aproximadamente hasta la primera Guerra Mundial. Las nuevas concepciones se dirigen, a partir de este momento, a la supremacía de la Constitución. En este momento, la herencia de las dos grandes revoluciones se entremezclan combinando garantía de los derechos y libertades, asociada al rasgo de Constitución rígida y al control de constitucionalidad (*costituzione-garanzia*) además de norma directiva fundamental para la realización de los valores constitucionales, que vincula a los poderes públicos y condiciona el comportamiento de los particulares (*costituzione-indirizzo*). Se trata, en definitiva, del tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho.

La primera transformación hace referencia a la distinción entre ley y derechos. Ahora la Constitución “reconoce a los individuos un «patrimonio de derechos» originario, independiente y protegido frente a la ley”. En este sentido se aproxima a la tradición constitucional americana y se separa de la idea de

¹⁶ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op.cit.*, pp. 28

soberanía de la ley propia de la tradición francesa y de la liberal decimonónica. En todo caso, el desplazamiento de la ley por la Constitución no supone el abandono de la herencia liberal legalista; al contrario, se trata de equilibrar derechos y ley, reconociendo a cada uno lo que le es propio. De este modo, junto al “reconocimiento de los derechos como patrimonio subjetivo individual [...], se suma el reconocimiento de la ley como instrumento de proyectos políticos y jurídicos objetivos”¹⁷.

La otra gran transformación, consecuencia igualmente de la separación entre ley y derechos, afecta al control constitucional, que comienza a perfilarse. Si bien se supera la idea tradicional francesa de la posición pasiva de los jueces al servicio de la ley, por el contrario, no se alcanza el modelo americano de tutela de los derechos por el poder judicial frente al legislativo. La coexistencia de ley y derechos hace que se mantenga el legado liberal, en el sentido de que los jueces no sustituyen al legislador en la concreción y tutela de los derechos. Sin embargo, en cualquier caso y aún por caminos distintos, el fin es el mismo: reforzar el control contra el posible arbitrio de los poderes constituidos.

Todo esto será el comienzo de un proceso de constitucionalización del derecho cuyo alcance está aún hoy por determinar. En cualquier caso, este es el momento en el que renacen las ideas revolucionarias generando una nueva cultura de los derechos y libertades para alcanzar también, por primera vez, a los derechos sociales.

¹⁷ Cfr. G.ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, pp 54-60

2. Los Derechos Fundamentales en el Constitucionalismo contemporáneo. El Neoconstitucionalismo.

Probablemente el mayor avance del constitucionalismo haya sido el reconocimiento de los derechos fundamentales en los diferentes textos constitucionales. Este hecho no es casual. Derechos fundamentales y Estado Constitucional de derecho aparecen de forma interdependiente; son presupuesto y fin, al mismo tiempo, uno de otro. El Estado Constitucional de Derecho queda vinculado por las normas constitucionales y “exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho”.¹⁸

El neoconstitucionalismo, como modelo de Estado de Derecho, es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales en principio diversas. Hereda, por un lado, de la tradición norteamericana originaria, su fuerte contenido normativo y la garantía jurisdiccional. De la segunda, con origen en el constitucionalismo nacido de la Revolución Francesa, un ambicioso programa normativo. El resultado de la combinación de ambos modelos es una constitución normativa garantizada¹⁹. Esto implica un modelo de constitución, en el que los derechos y los deberes tienen eficacia directa e inmediata y en el que se establecen los procedimientos jurisdiccionales para garantizar la efectividad de los mismos.

No obstante, hablar hoy de constitucionalismo o *neoconstitucionalismo*, término con el que se ha venido a denominar a una nueva forma de entender el constitucionalismo de nuestros días, supone hacer referencia a diversas cuestiones. El constitucionalismo contemporáneo escapa, de esta manera, de ser comprendido por una única definición y en un único sentido, para ofrecer distintos aspectos de una misma realidad, fruto de una nueva cultura jurídica.

¹⁸ Cfr. Antonio E. PEREZ LUÑO. *Los derechos fundamentales. Temas claves de la Constitución española*. Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1998, pp.19

¹⁹ Luis PRIETO SANCHIS. “*Neoconstitucionalismo(s)*” *Constitucionalismo y ponderación judicial*. Ed.Trotta, Madrid, 2003 pp. 125,127

En este sentido, puede hacer referencia indistintamente a una teoría, ideología o metodología del derecho, o bien designar un *específico* modelo constitucional. En esta última acepción, se caracteriza por articularse a través del conjunto de mecanismos normativos e institucionales que, realizados en un sistema jurídico político, limitan los poderes del Estado y protegen los derechos fundamentales. Así entendido, se estaría haciendo referencia a algunos elementos estructurales, que son explicados por el constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del constitucionalismo como ideología²⁰.

El neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, da cumplida cuenta de “los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”²¹. El sendero recorrido hacia formas constitucionales rígidas no ha seguido siempre una trayectoria lineal ni se ha desarrollado con la misma intensidad en los distintos ordenamientos jurídicos; esto no impide, sin embargo, que puedan delimitarse las principales transformaciones. La afirmación del principio de legalidad como parámetro de validez del Derecho positivo, propio del Estado legislativo de derecho, alcanza una expresión renovada en el Estado Constitucional de derecho. En este estado de cosas, “la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas [...], cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición”²². El principio de legalidad se complementa y somete ahora al principio de constitucionalidad.

Hasta este momento, el positivismo jurídico identificado con el “formalismo jurídico” utilizaba, como único criterio para el reconocimiento y existencia de las leyes, la forma en que las mismas se producen, al margen de su contenido. Esta reducción de la validez de las normas únicamente a las formas en que se producen quiebra. La lógica de esta transformación obedece al hecho de que la ley, tal y como es concebida en el Estado legislativo de derecho decimonónico²³, pierde sus características principales: la generalidad y

²⁰ Paolo COMANDUCCI. “Neoconstitucionalismo(s)”. *Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Ed. Trotta, Madrid, 2003 pp.75

²¹ Cfr. P. COMANDUCCI *Op. cit.*, pp.83

²² Cfr. G. ZAGREBELSY. *Op.cit.*, pp. 40

²³ Entiéndase Ley en el sentido de Código, como norma de más jerarquía.

la abstracción como expresión de la igualdad jurídica y de la idea de perdurabilidad en el tiempo. Estos caracteres hacían del ordenamiento algo pleno, pues “jurídicamente, la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo”. Con el cambio de escenario, este concepto de ley se revela insuficiente para dar coherencia a todo un ordenamiento jurídico. Los Estados contemporáneos se caracterizan por la atomización del derecho legislativo, que encuentra su traducción en la multiplicidad de leyes sectoriales y temporales «de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción». A este hecho se suma la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes, que no son más reflejo de una dirección unívoca sino el fruto de intereses contrapuestos y negociables. En este contexto, el límite no es otro que el principio de constitucionalidad.

Lo que antecede no implica que exista un obstáculo insalvable entre positivismo y constitucionalismo. Esto no es óbice para que puedan existir otros planteamientos. En este sentido, el positivismo jurídico identificado con el “constitucionalismo jurídico” va más allá de las formas, fundando la validez de las decisiones, en relación a su contenido. Los límites sustanciales vienen impuestos directamente por la Constitución. Es el derecho positivo el que disciplina

“tanto las condiciones formales de existencia de las normas, que dependen de la correspondencia empírica entre su forma y las normas formales de su producción normativa, como las condiciones sustanciales de su validez, que dependen de la coherencia lógica de los significados normativos [...] con normas sustantivas a las que se encuentran subordinadas”²⁴.

Por ello, el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo no tiene por qué ser entendido necesariamente como una teoría del derecho divergente o contraria a la positivista, sino que en cierto modo la complementa,

²⁴ Cfr. Ulises SCHMILL. “Comentarios al juspositivismo crítico y democracia constitucional de Luigi Ferrajoli. *Isonomía*: Revista de teoría y filosofía del derecho. Alicante, núm.16, abril, 2002, pp.53,54

avanzando en el sentido de exigir una mayor garantía, como sí de un *positivismo reforzado* se tratara. En este sentido, se podría decir que “la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días”²⁵. Que los derechos fundamentales, una vez sancionados en las constituciones, son derechos positivos, por lo demás, de rango constitucional, no plantea mayor discusión. En este contexto, los derechos fundamentales actúan como parámetro de legitimación y deslegitimación de las decisiones, conformando los límites sobre los que no se puede decidir y sobre lo que no se puede dejar de decidir²⁶.

Esto no impide que existan entendimientos en sentido diverso que, en la práctica, difieren más en las formas que en el fondo. La conformación de una esfera de derechos y principios, sustraída a los poderes públicos como algo sobre lo que no se puede decidir, continúa teniendo para algún sector doctrinal un trasfondo iusnaturalista²⁷. Su lógica deviene del choque frontal con una concepción puramente positivista del derecho, “al predicarse de sus contenidos la no-decibilidad”, como contenidos necesarios de los que no puede prescindirse. En una palabra, “naturales”²⁸. Esto se contrapone a la idea de artificialidad del derecho y está en íntima relación con la necesaria conexión o desconexión de moral y derecho. Sin embargo, no hay que olvidar que toda norma de derecho, antes de convertirse en tal, recorre inevitablemente el camino de lo pre-jurídico a lo jurídico y que, el paso de un espacio a otro, no desconoce los valores éticos o morales que de forma subliminal envuelven cualquier decisión de elevar al ámbito jurídico algo que aún no lo pertenece. En este contexto, es importante no subestimar el “proceso de fusión del «derecho» y la «moral» en el plano de lo que en apariencia es pura técnica: ni para la superación de una positivista fe ciega en la ley ni para la superación de un

²⁵ Cfr. Paolo COMANDUCCI. “*Assaggi di metaética due*”, Giappichelli, Torino, 1998, pp.100/102 y 106/109, *apud*, L. PRIETO SANCHIS, *Op.cit.*, pp.137

²⁶ L. FERRAJOLI. *Op.cit.*, pp. 24

²⁷ U. SCHMILL. *Op. cit.*, pp.54/55. *En este sentido difiere de Ferrajoli, en la consideración que hace éste de los principios de justicia incorporados en normas positivas, derivadas de un acuerdo democrático como no-decidibles. Schmill mantiene que esto solo puede ser interpretado en dos sentidos, para el inaceptables: como una tesis iusnaturalista que se ha inmiscuido dentro de la concepción positivista del derecho o como un intento de expresar la función de estos principios constitucionales en relación con las leyes y otras normas dependientes de la constitución.*

²⁸ Cfr. U. SCHMILL. *Op. cit.*, pp.54

desesperado e irreal dualismo de ley y ética". La conexión entre derecho y moral, por otro lado, no convierte al derecho sin más en una concepción puramente iusnaturalista, tan solo implica la existencia de una relación entre ambas esferas. Para que un principio moral se convierta en un principio jurídico necesita de un acto formal, es decir, es la "estabilidad de lo positivo y, en la misma medida, la observancia de la forma [la que] asegura a la verdad jurídica [...] una dimensión propia frente a todo intervencionismo moralizante"²⁹.

En este estado de cosas, es importante dejar a un lado posicionamientos como el iusnaturalismo y el positivismo que no dan debida cuenta del derecho actual. La superación de estas dos concepciones en su estado puro abre el camino a una nueva forma de concebir el derecho "más compleja que la[s] anterior [es] y llena de consecuencias" en la que se entremezclan aspectos de ambas hasta hacerlas confluir a través de la constitucionalización de los principios. Éstos representan el "mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de «positivizar» lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural [...] la determinación de la justicia y de los derechos humanos"³⁰. Y en última instancia, si artificiales no son sus contenidos si lo es la expresión de los mismos en la forma en que se producen. Su consagración en textos constitucionales, supraordenándolos y la articulación de las garantías institucionales necesarias para su protección, al mismo nivel constitucional, sí es fruto de una construcción artificial. Es, en resumidas cuentas, el resultado de un proceso de constitucionalización, que aboga por un mayor reconocimiento de derechos y de sus garantías.

En lo que se refiere al neoconstitucionalismo metodológico, sostiene que los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituyen un puente entre Derecho y moral. En otras palabras, defiende "la tesis de la conexión necesaria, identificativa y /o justificativa, entre Derecho y moral" frente

²⁹ Cfr. Josef ESSER. *"Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado"* Ed. Bosch, Casa editorial, Barcelona 1961, pp.78,79

³⁰ Cfr. G. ZAGREBELSY. *Op. cit.*, pp 113,114

a la tesis defendida por el positivismo metodológico que afirma que es posible identificar y describir el Derecho tal y como es, del Derecho como debería ser³¹.

A este respecto, es necesario constatar que el cambio estructural e institucional provocado en el Estado legalista decimonónico a raíz de la entrada del Estado de derecho constitucional es entendido por algún sector doctrinal como una continuación de los principios básicos del Estado de derecho adaptados a los nuevos contextos, mientras que otros sectores del pensamiento hablan de un “auténtico cambio genético”³². Un posicionamiento de este último signo implica que “una vez modificado el objeto, no sólo la teoría ligada al Estado legalista decimonónico, sino también la metodología, sería modificada, ya que está inescindiblemente conectada a la teoría”³³. En este estado de cosas, la discusión se dirige a si el positivismo como metodología del Estado legal de derecho es admisible para el análisis de los sistemas jurídicos constitucionales contemporáneos. La crítica generalizada que, desde posicionamientos neoconstitucionalistas, suele dirigirse al método positivista radica en la incapacidad de éste para dar cuenta de las grandes transformaciones que ha supuesto el sometimiento de todas las fuentes del derecho a la Norma Constitucional. En este sentido, si propio del positivismo jurídico es el entendimiento de equiparar validez de las normas con su ajuste a las formas de producción establecidas, reduciendo validez a existencia, el constitucionalismo va más allá, ampliando el control de la legalidad de las normas, no solo en un plano puramente formal de la validez, sino también en un plano sustancial, delimitando sus contenidos. Es en ese momento donde se produce la ruptura entre validez y vigencia. En otros términos “la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”³⁴, aparece como insuficiente, quebrando ante nuevas formas de pensar y entender el derecho.

³¹ Cfr. P. COMANDUCCI *Op.cit.*, pp.87

³² Cfr. G. ZAGREBELSKY *Op. cit.*, pp 33

³³ Susanna POZZOLO. “Neoconstitucionalismo(s)” *Un constitucionalismo ambiguo*. Ed.Trotta, Madrid, 2003, pp.196. *En este sentido, como crítica a la tesis mantenida principalmente por G.Zagrebelky.*

³⁴ Cfr. L. FERRAJOLI. “Neoconstitucionalismo(s)”. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Ed.Trotta, Madrid, 2003 pp.18

Esto no implica necesariamente una desconexión entre positivismo y neoconstitucionalismo. Es la identificación del derecho positivo y moral lo que genera posturas encontradas y constituye el punto de mayor controversia entre las corrientes iuspositivista y neoconstitucionalista, en particular para aquellos que mantienen posiciones extremas de uno u otro signo. El intento de separar ambas esferas, derecho y moral, representa el núcleo del pensamiento positivista y se reafirma principalmente en contraposición al iusnaturalismo que encuentra su razón de ser en una moral objetiva. En la práctica se trata del enfrentamiento entre dos corrientes del pensamiento con formas diferentes de concebir el derecho. Así, “los iusnaturalistas monísticos y los positivistas dualísticos puros compiten infructuosamente en formulaciones antinómicas, cada una de las cuales recibe de la unilateralidad” de la otra concepción “argumentos suficientes para enmascarar sus propias deficiencias”³⁵. La lógica iusnaturalista termina por confundir el derecho natural con el derecho positivo hasta su identificación plena. Un posicionamiento de este tipo implica la sustitución de dos de los elementos definitorios del derecho, la eficacia social y la legalidad conforme al ordenamiento, por la corrección moral³⁶. Esto no impide que existan otros planteamientos «no positivistas» sin constituir por ello una concepción iusnaturalista radical del derecho; serían aquellos que contraponen, al menos, alguna versión de la vinculación entre derecho y moral³⁷.

Desde la perspectiva positivista, los posicionamientos varían. Algún sector doctrinal³⁸ se adscribe a una versión débil del positivismo o tesis de la separabilidad, en virtud de la cual “no existe ninguna conexión necesaria entre derecho y moral [...], entre lo que manda el derecho y lo que exigen la moral o la justicia, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser”. Esto no es óbice para que se reconozca la existencia de contenidos morales en el derecho, siempre y cuando se considere que es una cuestión de hecho,

³⁵ Cfr. J. ESSER. *Op.cit.*, pp.80

³⁶ Robert ALEXY. “*La institucionalización de la justicia*”. Ed. Comares. Granada 2005, pp. 20. *En este caso como apunta el autor estaríamos en presencia de una teoría iusnaturalista pura.*

³⁷ R. ALEXY. *Op.cit.*, pp. 17

³⁸ En este sentido S. POZZOLO “*Neoconstitucionalismo(s)*” *Un constitucionalismo...*”

contingente y en modo alguno necesario³⁹. El hecho de solo admitir como válidos los criterios de justicia que están reconocidos en el derecho positivo implica identificar en sentido inverso a los iusnaturalistas el Derecho con la moral, posicionamiento que ha sido calificado en otro lugar de “pseudopositivismo” o “positivismo ideológico”⁴⁰.

Una versión más fuerte del positivismo, defiende la tesis de la separación. Un posicionamiento de este tipo va más allá, entendiendo que no sólo no existe una conexión necesaria entre derecho y moral sino que además hay “buenas razones normativas” para que los elementos morales estén excluidos de la definición del derecho. Desde esta perspectiva, los únicos elementos definitorios del derecho son la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social; en otras palabras, “la moralidad no puede ser un tercer elemento ni necesario ni deseable del concepto del derecho”⁴¹.

Desde la lógica «no positivista» se puede distinguir igualmente los que defienden una tesis fuerte de la vinculación entre derecho y moral, en la que la inclusión de los elementos morales es conceptualmente necesaria. Sería la negación de la tesis de la separabilidad. Y la tesis débil de la vinculación que solo pretende una vinculación normativamente necesaria, en sentido contrario a la tesis de la separación⁴².

En cualquiera de los casos y de existir una vinculación entre derecho y moral, podría manifestarse en tres sentidos. En primer lugar, a través de la inclusión de principios morales, lo que conduce al problema de la inclusión. En segundo lugar, a través de la posibilidad de que el contenido del derecho sea delimitado por la moral, lo que nos lleva al problema del límite y, por último, a si el deber de obediencia al derecho está en última instancia fundamentado por la moral, lo que nos conduce al problema de la fundamentación⁴³.

³⁹ R. ALEXYY. *Op.cit.*, pp.17,18

⁴⁰ Cfr. Manuel ATIENZA. “*El sentido del Derecho*”. Ed. Ariel Derecho Barcelona 2003 pp.95

⁴¹ Cfr. R. ALEXYY. *Op.cit.*, pp 18,19

⁴² R. ALEXYY. *Op.cit.*, pp 20

⁴³ R. ALEXYY. *Op.cit.*, pp 20

En lo referente al problema de la inclusión, positivistas y no positivistas están de acuerdo en que el derecho incluye principios morales. Los primeros intentan reducir su existencia a hechos meramente contingentes, mientras que los segundos pretenden poner de manifiesto la necesidad de su inclusión. El argumento principal para la necesidad de incluir principios y elementos morales es el argumento de la corrección⁴⁴. Para ello, primero habrá que constatar si “el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección” y, segundo, si dicha pretensión “conduce a una vinculación necesaria entre derecho y moral”. Cualquier acto de aplicación del derecho lleva implícito la idea de corrección conforme a una lógica y la contradicción que surge de la negación explícita de lo implícito en el acto de aplicación del derecho “solo puede ser evitada si la pretensión de corrección fuese abandonada y reemplazada por alguna clase de pretensión de poder”⁴⁵; sin embargo, esta no es la esencia del derecho. La afirmación de que el derecho incluye implícitamente una pretensión de corrección puede verificarse, por tanto, haciendo lo implícito explícito y “mostrando que su negación explícita es absurda”. De esto se puede concluir que el derecho formula necesariamente una pretensión de corrección.

Hasta este extremo puede haber consenso entre positivistas y no positivistas, el problema surge en torno a si esta pretensión de corrección incluye una vinculación necesaria entre derecho y moral o, por el contrario,

⁴⁴ R. ALEXY. *El autor señala que el argumento de la corrección consta de tres elementos, la afirmación de la corrección, es decir, de que el acto jurídico de que se trate es material y procedimentalmente correcto, segundo, la garantía de la fundamentabilidad, no solo reconoce un deber general y básico de fundamentación sino que también pretende que se cumpla dicho deber en la medida que sea posible y en último lugar, la expectativa de que todos los destinatarios de la pretensión reconozcan el acto jurídico como correcto desde un punto de vista razonable. Op.cit. pp 35-36*

⁴⁵ Cfr. R.ALEXY. *Op. Cit.*, pp 21,22. *Lo determinante es que el derecho contiene una pretensión de corrección conforme a una lógica implícita y si en la aplicación de un acto aquello que se entiende implícito se hace explícito negándolo el resultado es una contradicción. Alexy utiliza como ejemplo “X es un república soberana, federal e injusta” El defecto en una afirmación de este tipo radica en una contradicción “con el acto de promulgar una constitución se formula necesariamente una pretensión de corrección que, en este caso es esencialmente una pretensión de justicia [...] Las contradicciones entre el contenido de un acto y lo que se presupone necesariamente con la ejecución de dicho acto pueden ser denominadas «contradicciones performativas».” Si además se toma en consideración las reglas constitutivas, estaríamos ante un defecto conceptual en forma de contradicción preformativa “solo un defecto conceptual puede explicar la peculiar deficiencia de la cláusula de la injusticia [...]” por lo que la relación entre derecho y pretensión de corrección puede considerarse como «conceptualmente necesaria» pp 38-39*

tiene un contenido exclusivamente jurídico y, en un última instancia, está relacionado con la estructura abierta del derecho y con aquellos supuestos en los que el derecho positivo no establece la solución al caso. En lo que a este punto respecta, es preciso diferenciar la «individualización del derecho» de la «individualización del contenido del derecho».

El acto de individualización del derecho se entiende que es una actividad cognitiva y descriptiva del derecho, que puede ser llevada a cabo sin recurrir a criterios morales. Esta sería la actividad propia del jurista e implicaría, por otro lado, que la metodología iuspositivista es aplicable al Estado de derecho constitucional. La situación cambia cuando se trata de individualizar el contenido del derecho, es decir, de elegir uno de los diversos contenidos posibles. En estos casos, no se trata de una actividad cognitiva sino volitiva y puede encontrarse vinculada a la moral. Esta labor es propia del «jurista-juez» e implica la idea de corrección jurídica e, incluso, desde algún sector del pensamiento positivista⁴⁶, se entiende que también puede llevar añadida la idea de corrección moral, siempre y cuando, no sea independiente del dictado positivo del Derecho; es decir, “la idea de corrección, además de ser contingente, está subordinada a la positivación del principio moral”⁴⁷.

Desde la perspectiva propuesta, se admite que el proceso de individualización del derecho sea llevado a cabo por el «jurista-juez», pero no por el mero jurista. En este sentido, reconoce que el iuspositivismo estaría equivocado si “afirmará que el «jurista-juez» puede conocer [...] o «individualizar el contenido del Derecho», sin recurrir a criterios extra-jurídicos [...]; sin embargo, entiende que el neoconstitucionalismo estaría equivocado si afirmase “que tales argumentos extrajurídicos son necesariamente morales, o que la idea de corrección es una necesidad”⁴⁸. Esta línea del pensamiento, que se adscribe a la tesis de la separabilidad, defiende la aplicación de la metodología positivista al Derecho del Estado constitucional. El argumento para esta defensa es que la contraposición entre iuspositivismo y neoconstitucionalismo no se basa en una diferencia estructural sino en la

⁴⁶ En este sentido S. POZZOLO “*Neoconstitucionalismo(s)*” *Un constitucionalismo...*”

⁴⁷ Cfr. S. POZZOLO. *Op.cit.*, pp.205

⁴⁸ Cfr. S. POZZOLO. *Op.cit.*, pp .205

diferente teoría del Derecho y en las tareas que una y otra corriente mantienen como propias⁴⁹.

Sin negar la posibilidad de aplicar la metodología positivista adaptada a los nuevos contextos, este enfoque es rebatible en varios sentidos. Por un lado, no ofrece una explicación al hecho de que admitiendo la relación entre derecho y moral se mantiene que la misma no resulta determinante para comprender que es el Derecho. Esto pone de manifiesto la incompreensión de la esencia misma del Derecho, de la incapacidad del mismo para regular todos y cada uno de los aspectos que son objeto de regulación o que pueden llegar a serlo. En otras palabras, la ausencia de plenitud y unidad jurídica sumado a la incoherencia de los sistemas forman parte igualmente del universo normativo, forjando un nuevo escenario en el que el Derecho como un todo aislado y coherente propio de la visión positivista no tiene más cabida. El positivismo representa así “un modelo de y para un sistema de normas, y [...] su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas”⁵⁰. En la práctica, sin embargo, tienen que reconocer que en la aplicación del derecho el «jurista-juez» tiene en ocasiones que recurrir a criterios extrajurídicos allí donde la norma es insuficiente para la solución del caso. De esta forma se da una vinculación necesaria entre argumentación jurídica y argumentación moral. Las decisiones jurídicas tratan “esencialmente de distribución y compensación”, es decir, de justicia y la idea de justicia es una cuestión moral. Esta lógica mantiene, como elementos definitorios del derecho, la eficacia social, la legalidad conforme al ordenamiento y la corrección moral. La vinculación entre la argumentación jurídica y moral no significa que una decisión jurídica moralmente defectuosa no tenga validez jurídica, pero sí que esa decisión es defectuosa no solo moral sino también jurídicamente. Esta visión del derecho,

⁴⁹ S. POZZOLO. *Op.cit.*, pp 205

⁵⁰ Cfr. Ronald DWORKING “*Los derechos en serio*”. Ed. Ariel, Barcelona, 2002. Esta situación fue expuesta por especialmente referida a aquellos casos difíciles en que los juristas “*echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas*”. Pp. 72

propia del neoconstitucionalismo representa la manera en que “la idea de justicia se incorpora al concepto del derecho”⁵¹.

Por otro lado y a diferencia del positivismo, es cierto que las tareas que el Estado Constitucional de Derecho requiere de los operadores no son meramente descriptivas; al contrario, les confiere “un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto”. Esto no es óbice para que se mantenga la diferenciación de las labores propias de los distintos operadores jurídicos, descubriendo *desde dentro* las lagunas y antinomias existentes a través de las correcciones previstas en las técnicas garantistas, papel que corresponde al juez-jurista, y sugiriendo *desde fuera* la elaboración de nuevas formas de garantías, papel que correspondería, por continuar con la terminología utilizada, al mero jurista⁵². Las transformaciones en el papel asignado a la ciencia jurídica no convierten a este último en legislador concurrente, pero si implica un diferente posicionamiento ante el Derecho.

En lo referente al problema de si la moral puede constituir un límite al derecho, como se ha mencionado anteriormente, puede existir una norma o una decisión jurídica moralmente defectuosa sin que ello implique que tal norma o decisión pierdan por ello su validez jurídica. El problema del límite se traslada entonces a los supuestos de “injusticia flagrante” y pone en juego dos valores fundamentales: la seguridad jurídica y la justicia material. La fórmula “la extrema injusticia no es derecho”⁵³ incluye un límite moral extremo, dando prioridad en estos casos a la justicia material sobre la seguridad jurídica. Por debajo de este límite prevalece la seguridad jurídica. El límite viene definido por el núcleo de los derechos humanos. Si partimos de los elementos definitorios del derecho, eficacia social, legalidad conforme al ordenamiento y corrección moral, es claro que ambos valores deben ser protegidos; por esta razón, la

⁵¹ Cfr. R. ALEXI. *Op.cit.*, pp 22,23

⁵² L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías. La Ley...*” *Op.cit.*, pp. 28,29.

⁵³ Cfr. R.ALEXI en referencia a la fórmula de G.Radbruch « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 (1946) pág.107. «*Leyes que no son derecho y Derecho por encima de las Leyes*» en G. Radbruch, E. SCHMIDT, H. WELZEL, Derecho injusto y derecho nulo, introducción y selección de textos de José María Rodríguez Paniagua, Madrid Aguilar, 1971, págs.1-22 págs. 13-14. pp. 24 “*Esta fórmula no exige, a diferencia de la pretensión de corrección, una coincidencia total entre derecho y moral; más bien admite la validez jurídica conforme al ordenamiento y socialmente eficaces incluso en caso de grave injusticia*”.

determinación de si es necesaria la inclusión de un límite moral extremo al derecho no puede basarse en una necesidad conceptual, tan solo puede obedecer a una necesidad normativa⁵⁴. Para la lógica positivista, siempre va a tener mayor peso la seguridad jurídica frente a la justicia material mientras que para los no positivistas el problema habrá de resolverse a través de la ponderación de los intereses en juego.

El otro tipo de manifestación que puede plantearse en relación a la vinculación de derecho y moral se refiere a la fundamentación del derecho; en particular, a si existe un deber moral de obediencia al derecho y este está relacionado en última instancia con el carácter práctico del derecho, es decir, “de su carácter de razón capaz de determinar la acción de los agentes”⁵⁵ a los que va dirigido. La respuesta a por qué debe ser obedecido el derecho es probablemente el aspecto que deja más al descubierto la fragilidad de los enfoques iusnaturalistas y positivistas en sus diferentes versiones.

El «iusnaturalismo ideológico»⁵⁶ termina por sugerir una identificación plena de la moral con el derecho con la consiguiente reducción de éste último al ámbito de la moral. En tanto que en la corriente positivista se acepta tanto el deber moral general de obediencia al derecho por el simple hecho de ser derecho e independientemente de su contenido, posicionamiento que se califica de «positivismo moral»⁵⁷ o «positivismo ideológico»⁵⁸. Esto implica una reducción de la justicia al derecho positivo e incurre en la contradicción de identificar moral y derecho. Desde otros posicionamientos positivistas, en particular, desde lo que se ha venido a denominar como «positivismo neutral»⁵⁹, se niega la existencia de tal deber, alegando que el derecho sólo establece deberes jurídicos; es decir, “aquello que el derecho es significa la

⁵⁴ R.ALEX Y pp 23-25

⁵⁵ Cfr. María Cristina REDONDO. “*El carácter práctico de los deberes jurídicos*”. Doxa.: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), núm. 21, vol. II (1998) Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes pp. 356

⁵⁶ M.ATIENZA *Op.cit.*, pp. 104

⁵⁷ Cfr. R.ALEX Y *Op.cit.*, pp.26

⁵⁸ M.ATIENZA *Op.cit.*, pp.103

⁵⁹ R.ALEX Y *Op.cit.*, pp. 26

existencia de un auténtico deber, [...] la existencia de razones justificatorias”⁶⁰ para la acción. Desde esta perspectiva, el deber jurídico entendido como razón para la acción es independiente del deber moral, no porque no pueda tener cierto contenido moral sino porque es un deber de otro tipo. Este posicionamiento rompe con el denominado principio de unidad de razonamiento práctico que defiende la existencia de un único concepto de deber y hace referencia a “un conjunto de principios prácticos que constituyen deberes «genuinos»”, en definitiva, a “principios morales que dan homogeneidad y prevalecen sobre los restantes discursos prácticos”⁶¹. Desde esta óptica, se pretende argumentar la posibilidad de extraer conclusiones normativas de deber a partir del derecho, no obstante, no descarta el cotejo de otras pautas de racionalidad o morales.

Para aquellos que defienden algún tipo de vinculación entre derecho y moral, sin caer en un iusnaturalismo ideológico, en los casos de extrema injusticia es claro que no existe un deber general moral de obediencia al derecho. Por debajo de este límite, el problema es el mismo para positivistas y no positivistas. Para los primeros, en su concepción de un derecho sin límites, la seguridad jurídica prevalece en todo momento por inmoral que sea el derecho; para los segundos, salvando los casos de extrema injusticia, el problema de obediencia al derecho es el mismo. En este sentido y en la medida en que no están en posición de poder resolver todos los supuestos que puedan llegar a plantearse, podría decirse que “el no positivismo está en condiciones de atenuar el problema, pero no de resolverlo”. Su solución es un problema moral⁶² y, en definitiva, de ponderación entre la seguridad jurídica y la corrección moral.

⁶⁰ Cfr. M.C REDONDO *Op.cit.*, pp.363

⁶¹ Cfr. M.C REDONDO *Op.cit.*, pp.363 APUD Carlos NINO. En el mismo sentido MC REDONDO “La validez del derecho”. Astrea. Bs.As.1985 pp.125-137 “*Del deber jurídico de actuar no se puede extraer ninguna conclusión acerca del deber moral o racional de actuar, no porque el deber jurídico sea un deber subordinado o debilitado respecto al deber moral, sino porque es un deber de otro tipo, independiente de cualquier deber moral o de racionalidad [...] Esto no significa que el deber jurídico carezca necesariamente de valor moral, o sea irracional. Lo único que significa es que estos rasgos [...] no forman parte de su significado y son cualidades contingentes, que puede o no tener*” *Op.cit.*, pp. 363

⁶² Cfr. R. ALEXY. *Op.cit.*, pp.27

En este estado de cosas, la pregunta de porque debe ser obedecido el derecho no parece ser contestada desde una perspectiva puramente positivista. Su defensa de que el derecho puede ser descrito sin recurrir a criterios de justicia quiebra en el momento que no tiene inconveniente en aceptar que existen coincidencias de contenido entre normas morales y normas jurídicas siempre y cuando se distinga “la validez de la justicia, el derecho de la obligación de obedecerlo”⁶³. La fragilidad de su enfoque se hace más patente cuando no alcanza a explicar que parte de la esencia del derecho, desde la perspectiva de su eficacia, es la razón de la sujeción al mismo y la razón última “no puede ser más que moral”⁶⁴.

2.1. Los derechos Fundamentales. Principios y reglas

El neoconstitucionalismo como nuevo paradigma del derecho implica la alteración del hasta entonces vigente modelo positivista y de sus postulados. En el esquema positivista clásico, como ha quedado expuesto, el principio de legalidad formal implica la validez de una norma jurídica si ésta se ajusta al procedimiento formalmente establecido para su creación. Esta afirmación provocó “la separación entre derecho y moral, [...] entre validez y justicia, como consecuencia del carácter totalmente artificial y convencional del derecho existente”⁶⁵. Una concepción de este tipo implica “una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es, los derechos y la justicia a lo dispuesto por la ley”⁶⁶.

Con el constitucionalismo se rompe esta lógica, y la separación de la ley de los derechos y de la justicia, se diluye para encontrar su punto de convergencia en la Constitución. La ley que fue durante mucho tiempo el epicentro de todo el ordenamiento jurídico cede así el paso a la Constitución. Esta alteración provoca cambios fundamentales que afectan no sólo al contenido sino también a la estructura de las normas y al papel que estas desempeñan en el mundo del derecho.

⁶³ Cfr. M. ATIENZA. *Op.cit.*, pp 103

⁶⁴ Cfr. M. ATIENZA. *Op.cit.*, pp 86

⁶⁵ Cfr. L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías...*” *Op. Cit.*, pp. 66

⁶⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY. *Op.cit.*, pp. 33

En este sentido, la primera transformación se refiere a la inclusión de los principios en los textos constitucionales, de tal modo que, “si el derecho actual está compuesto de reglas y principios [...] las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios”. Esta diferencia estructural no era desconocida en el pasado, sin embargo; “hoy, en el Estado constitucional, debe ser valorada mucho más de cuanto lo haya sido con anterioridad”⁶⁷. Su positivización, sin embargo, no impide que subsista la polémica sobre la verdadera naturaleza de los principios. Su origen, legitimidad o eficacia jurídica son a menudo argumentados de forma insuficiente o confusa, al contrario, de lo sucede con las reglas jurídicas. Una de las causas de esta insuficiencia se debe tanto a una determinada concepción del derecho, como a la forma de concebir la aplicación del mismo.

Para la tradición positivista, la idea de catalogar a los principios como normas, con capacidad para provocar consecuencias jurídicas, representa una amenaza para sus pilares básicos. La razón de su negación se basa tanto en el carácter impreciso de los principios que impide su adecuación al esquema lógico-jurídico de aplicación de reglas basado en la subsunción del supuesto de hecho, como por entender que los mismos encierran una “pretensión de generar adhesión y participación en la concepción política de la que son expresión”⁶⁸. La idea de un control de la actividad estatal a través de las normas constitucionales de principio es negada por el pensamiento positivista, de tal forma que estas normas “«están por debajo y después» y no «por encima y antes» de las decisiones legislativas”. Esto implica que los problemas de los derechos y la justicia, en tanto no pueden ser objeto de medición y

⁶⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY *Op.cit.*, pp. 109,110

⁶⁸ G. ZAGREBELSKY *analiza la polémica que arranca en los años treinta sobre los problemas de la justicia constitucional, en torno a la relación de los principios constitucionales y la política. En este sentido, pone de manifiesto que desde un esquema puramente positivista se sostenía “que el control de constitucionalidad de la actividad estatal no podía consistir [...] en una aplicación, en el sentido judicial de la palabra, de las normas constitucionales a los contenidos de dicha actividad”. Esta garantía no debería ser una actividad judicial, al contrario debería concebirse “en términos políticos y atribuir su competencia a órganos comprometidos y responsables políticamente”. Op.cit., pp. 111, 112*

determinación a través de reglas jurídicas, quedan fuera de la constitución; desde esta perspectiva, sería una materia «no constitucionable»⁶⁹.

En la práctica encontramos, sin embargo, que en el derecho es bastante frecuente que se den situaciones en las que no existe regla adecuada que aplicar o que las que existen sean insuficientes o contradictorias. En estos casos, las soluciones vienen dadas por los principios⁷⁰, aunque su alcance no quede limitado exclusivamente a estos supuestos. La cuestión no se plantea, por tanto, en términos de si los principios son o no aplicables, sino en la negación de los mismos como auténticas normas y, en última instancia, una vez que tiene que ser aplicados, en la justificación que dentro de los parámetros del pensamiento positivista se ofrecen sobre la misma.

En este estado de cosas, los principios quedan reducidos a integrar o a corregir a las reglas jurídicas, en aquellos casos en que éstas no pueden satisfacer su función reguladora, siendo las reglas, en la lógica positivista, las únicas susceptibles de reconocimiento de aplicación jurídica. Es este esquema ideal llama la atención que la reducción de los principios operada por las tesis positivistas es, en cierto sentido, contradictoria si se tiene en cuenta que la función que se les asigna posibilita no una función interpretadora, sino una función creativa de la jurisprudencia⁷¹, aun cuando para ello sean catalogados como “criterios morales, en todo caso extrajurídicos”⁷². Con este entendimiento, el positivismo pasa por alto el papel que desempeñan los principios en el ámbito judicial, dejando al descubierto la debilidad de su enfoque y su incapacidad para dar cuenta de la complejidad del universo jurídico.

⁶⁹ E.FORSTHOFF. “*El Estado en la sociedad industrial*” (1971) trad. De L.López Guerra y J. Nicolás, IEP, Madrid, 197; Id, «La trasformazione Della legge costituzionale», cit pp. 197. En G. ZAGREBELSKY *Op.cit.*, pp.113

⁷⁰ En este sentido, R. DWORKIN, hace referencia a los casos difíciles como aquellos supuestos en los que para la resolución de un caso es necesario utilizar “*estándares que no funcionan como normas, sino que operan de una manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas*”. *Op.cit.*, pp.72

⁷¹ G.ZAGREBELSKY *Op.cit.*, pp 117. En el mismo sentido R.DORWING señala que “*los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo*” *Op.cit.*, pp. 83

⁷³ Cfr. G.ZAGREBELSKY *Op.cit.*, pp. 117.

La otra causa que hace que se torne especialmente complejo determinar la naturaleza jurídica de los principios hace referencia al contenido de los mismos; más aún, a la idea que subyace de vincularlos con el derecho natural. Desde esta perspectiva, nos encontramos que las normas constitucionales de principio presentan cierto paralelismo de contenidos con el derecho natural; los derechos y la justicia, sin embargo, en el momento en el que los principios forman parte del derecho positivo dejan de necesitar cualquier fundamentación iusnaturalista “intangible para la voluntad humana”, al contrario, “encuentran su base en la Constitución y la Constitución es por definición una creación política”⁷³. Un entendimiento de este tipo altera las condiciones sustanciales de validez de las leyes que en el pasado eran identificadas con el derecho natural y negadas en el paradigma paleopositivista por el principio de legalidad formal. Con el constitucionalismo, los principios “penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación”⁷⁴. En este aspecto, la diferenciación y reducción positivista de los principios se desvanece. En el constitucionalismo de principios, el ser y el deber ser del derecho goza de una doble garantía: en cuanto a sus formas de producción, el ser o validez formal; en cuanto a sus contenidos, el deber ser o validez sustancial.

A pesar de esto, la distinción entre principios y reglas no deja de ser una cuestión controvertida sobre la que no existe acuerdo unánime en la doctrina. Baste decir, que la delimitación de los principios “con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura” y que, “a menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma y máxima”⁷⁵. Esto explica la dificultad que encierra determinar aquello que debe ser entendido por principio y el hecho de que sea objeto de diferentes posicionamientos doctrinales. En cualquier caso, desde la distinción entre reglas y principios se ofrece un marco idóneo para dar respuesta a las diferentes cuestiones que se suscitan sobre el

⁷³ Cfr. G. ZAGRABESLKY *Op.cit.*, pp.114

⁷⁴ Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” *Op.cit.*, pp. 67 En el mismo sentido G. ZAGRABESLKY “El segundo rasgo característico del constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico”. *Op.cit.*, pp.93

⁷⁵ Cfr. R. ALEXY *Op.cit.*, pp. 83

papel de las normas de derecho fundamental en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

El origen de la discusión, tal y como se ha planteado, se encuentra en la determinación de los principios como normas; es decir, en su autónoma razón de ser e idoneidad para operar como tales en la actividad judicial⁷⁶ y está relacionado en última instancia con la necesidad de tomar los derechos en serio. Lo cierto es, que el traspaso de la posición suprema de la ley a favor de la Constitución, implica “la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa”⁷⁷, situación que refuerza la posición de los operadores jurídicos restando autonomía al legislador.

La caracterización de los derechos fundamentales básicamente como principios⁷⁸ y su constitucionalización rígida supone que “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición [...], y ambos son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente”⁷⁹.

Los criterios para diferenciar las reglas de los principios son de diversa índole. Esto tiene su lógica si se parte del hecho de que los principios impregnan todo el ordenamiento jurídico y, por ello, afectan a un grupo heterogéneo de cuestiones. Esto provoca todo tipo de distinciones que poco aclaran sobre su verdadera diferenciación. Es frecuente la idea de que los principios presentan un alto grado de generalidad debido a su textura abierta mientras que las reglas presentan un nivel bajo de generalidad en el sentido de

⁷⁶ G. ZAGRABESLKY *Op.cit.*, pp. 111

⁷⁷ Cfr. L. PRIETO SANCHIS. *Op. cit.*, pp. 131

⁷⁸ R.ALEX. “*Teoría de los derechos fundamentales*” Del mismo autor “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista española de derecho constitucional. Año 22, núm. 66, septiembre octubre 2002 pp. 14 y sgs

⁷⁹ Cfr. R.ALEX. “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp.83

que acotan el objeto de su regulación; por tanto, desde esta perspectiva la diferenciación entre los principios y las reglas sería una cuestión de grado⁸⁰.

Se parte aquí, no obstante, de la definición de principio como mandato de optimización, es decir, como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. [...] El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”. Las reglas, al contrario, “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”, es decir, “son normas que sólo puede ser cumplidas o no”⁸¹. La distinción que hay, por tanto, entre reglas y principios es cualitativa y no una cuestión meramente de grado.

Para aquellos que plantean una distinción de los principios, bien como directrices o normas programáticas o, bien como principios en sentido estricto, es decir, como normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, desde una perspectiva externa o estructural aceptan para la primera acepción el entendimiento de que los principios son mandatos de optimización que permiten ser cumplidos en diversos grados, pero matizan esta posibilidad para los principios en sentido estricto. De este modo, si un principio que expresa un valor superior del ordenamiento “prevalece en la combinación de factores que presenta un determinado caso individual, frente a los principios o reglas que jueguen en sentido contrario, este principio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple, pero no caben modalidades graduales de cumplimiento”⁸². Desde esta perspectiva no se niega, por tanto, que los principios en sentido estricto sean mandatos de optimización que exigen ser ponderados pero, una vez que a través de esta operación se determina su prevalencia, exigen un cumplimiento pleno.

⁸⁰ En contra de la generalidad J.ESSER “*Lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la “abstracción” o el “carácter general” sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al “precepto”*”. *Op. cit.*, pp 66

⁸¹ Cfr. R.ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp 87

⁸² Cfr. Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO “*Sobre principios y reglas*” *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 10, 1991 Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Alicante, pp. 109.

Este entendimiento permite objetar contra la existencia de principios absolutos; es decir, principios que, en cualquier caso, tienen precedencia sobre los demás principios, hecho que implicaría que su realización no conocería límites jurídicos sino tan sólo fácticos⁸³. Es innegable que en la mayoría de los textos constitucionales contemporáneos existen principios, coincidentes en todos ellos, que provocan una “impresión de absolutidad”⁸⁴, como son la dignidad humana o el principio de igualdad; sin embargo, esta “absolutidad” no es más que la impresión que deviene del alto grado de certeza de que estos principios van a prevalecer frente a los demás. La determinación de que en los casos en que desplazan a otros principios no admiten un cumplimiento gradual es resuelto por otro sector de la doctrina en el sentido de que estamos en presencia de normas que son tratadas en parte como regla y en parte como principio⁸⁵. En el ámbito de la aplicabilidad, “el carácter de regla de la norma [...] se muestra en el hecho de que en los casos en los que esta norma es relevante no se pregunta si precede o no a otras normas sino tan solo si es violada o no”⁸⁶; en otras palabras, la relación de precedencia que se establece como principios se determina en términos de lesión cuando la norma es tratada como regla. De ahí que como principios deba establecerse una relación de precedencia y como reglas determinar si hay o no lesión.

En el ámbito de la aplicabilidad, reglas y principios pueden entrar en contradicción. La forma de dar coherencia al sistema varía según estemos en presencia de una colisión de principios o de un conflicto de reglas. En el supuesto de que la aplicación de dos reglas conduzca a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios, o bien una de las reglas admite una cláusula de excepción, de forma que las dos reglas mantienen su validez dentro del ordenamiento jurídico o, por el contrario, una de las reglas deberá ser invalidada. En este último supuesto, la determinación opera a través de reglas tales como “*lex posterior derogat legi priori*” y “*lex specialis derogat legi generali*”. En el caso de las reglas, se trata de “una decisión acerca de la

⁸³ R.ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp.106

⁸⁴ Cfr. R.ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp 106

⁸⁵ R.ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp 105 y sgs

⁸⁶ Cfr. R.ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp 107

validez”, una regla vale o no jurídicamente⁸⁷. Los principios, al contrario, siempre mantienen su validez. Esto implica que cuando dos principios entran en colisión, la forma de solucionar la tensión entre ambos no viene dada ni por la introducción de una cláusula de excepción ni declarando inválido uno de ellos; en estos casos, la solución se mueve en la dimensión del peso y no de la validez⁸⁸.

La determinación de cual de entre dos principios tiene mayor peso sólo tiene sentido en los supuestos de colisión de modo que podría decirse que ningún principio tiene en su consideración aislada mayor peso o precedencia sobre otro principio. Esto explica el carácter de los principios como mandatos de optimización. Los principios, considerados aisladamente, con independencia de sus relaciones con otros principios, tienen, al mismo tiempo, el carácter de mandatos de maximización; es decir, serían normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas, pero no tendría en cuenta las posibilidades jurídicas al no contemplar las posibles colisiones con otros principios o reglas⁸⁹. La definición de los principios como mandatos de optimización absorbe la consideración de los mismos como mandatos de maximización y es exponencial de todas las situaciones en la que deben desenvolverse dentro del ordenamiento jurídico.

El hecho de que los principios considerados en abstracto se encuentren en un mismo nivel, traslada el problema de la colisión entre ellos a la determinación de cual debe preceder al otro y a cómo debe establecerse este orden de preferencia. La tensión entre dos principios se resuelve a favor de aquel con mayor peso, ponderando los intereses contrapuestos y en atención a las circunstancias del caso. Esto permite establecer entre los principios una relación de precedencia condicionada, aunque, bajo otras condiciones, la

⁸⁷ Cfr. R.ALEX Y “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp. 88

⁸⁸ En este sentido R. DWORKING *Op.cit.*, 26 y R.ALEX Y “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp. 89

⁸⁹ En este sentido R.ALEX Y. “*Teoría de los derechos...*”. “*Podría pensarse en definir a los principios como mandatos de maximización y no de optimización. Sin embargo, una definición tal no abarcaría la relación con otros principios, que es constitutiva para los principios. Habría entonces o bien añadir una regla de optimización referida a mandatos de maximización o completar la definición como mandato de maximización, referida a principios aislados, con una definición como mandato de optimización que abarcara la cohesión de los principios*”. *Op. cit.*, pp. 91

relación de precedencia puede ser a la inversa⁹⁰. El sistema de condiciones de prioridad proporciona información sobre el peso relativo de los principios y permite, a través de la ponderación, la formulación de una ley de colisión, siempre y cuando “las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”⁹¹, es decir, permite la aplicación a nuevos casos.

En última instancia, la forma de solventar los posibles conflictos entre reglas y principios está relacionado con la diferente naturaleza del tipo de mandato contenido en unos y en otros. En este sentido, puede decirse que los principios “no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*”, es decir, su realización dependerá de las posibilidades jurídicas y de hecho. En lo que a las posibilidades fácticas se refiere, el carácter de mandatos *prima facie* viene definido en el sentido de que un principio no es determinante de forma que su contenido puede o no ser aplicado. En cuanto a las posibilidades jurídicas, un principio puede verse desplazado por las razones de otro principio. Por ello, “los principios carecen de contenido de determinación” tanto “con respecto a los principios contrapuestos” como a “las posibilidades fácticas”⁹².

Las reglas, al contrario, ordenan que algo sea realizado, es decir, “contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas”⁹³ y, a diferencia de los principios, no pueden ser desplazadas por las razones de otras reglas. Llegados a este punto, una de las reglas tendría que ser invalidada o, si fuera posible, introducir una cláusula de excepción. Salvando este último supuesto, se podría llegar a la conclusión de que las reglas son razones definitivas y los principios son siempre razones *prima facie* y, en cualquier caso, razones de diferente clase.

⁹⁰ R. ALEXY “*Teoría de los derechos...*” pp.92

⁹¹ Cfr. R. ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp 94

⁹² Cfr. R. ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp 99

⁹³ Cfr. R. ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op. cit.*, pp 99

Esta premisa es válida tanto para el sector doctrinal⁹⁴ que defiende la distinción de reglas y principios como razones para acciones como para aquellos que ven en unas y en otras razones para normas⁹⁵. Para los primeros las reglas son razones para acciones perentorias o protegidas e independientes del contenido. Se entiende que son razones protegidas en el sentido de constituir “una razón de primer orden para realizar la acción exigida” que se corresponde con el contenido de la regla y una razón de segundo orden para excluir cualquier “juicio acerca del balance de razones aplicables”. El carácter independiente del contenido de la regla afecta al por qué se deben obedecer las reglas, “esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones perentorias o protegidas”, que no son otras que por razón de su fuente⁹⁶.

En el caso de los principios, se parte de la distinción de principios explícitos e implícitos. Para los primeros, “cabe decir que son razones para la acción independientes del contenido pero no perentorias”. Su independencia viene dada por las mismas razones que para las reglas: “su origen en una determinada fuente”. Sin embargo, a diferencia de estas, no se constituyen en razones perentorias porque *a priori* no constituyen razones para realizar la acción ni excluyen a otras razones aplicables, al contrario, deben ser ponderadas. En cuanto a los principios implícitos, “son razones para la acción que no son perentorias ni independientes de su contenido”. Esto es así, por las mismas razones que para los principios explícitos, ni constituyen ni excluyen otras razones y no son independientes del contenido, porque su razón no proviene de tener “su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido” que, en cualquier caso, deberá adecuarse a las reglas y principios explícitos⁹⁷.

⁹⁴ En este sentido M. ATIENZA J. RUIZ MANERO. “Sobre principios y...”

⁹⁵ En este sentido R.ALEXY “Teoría de los derechos...”

⁹⁶ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO. *En definitiva se trata de cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales deben excluir su propio juicio acerca del balance de razones aplicaciones y adoptar como tal el contenido de la regla. Op. cit., pp. 111, 112*

⁹⁷ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO. *Op.cit.*, pp.112, 113

La doctrina, por otro lado, que defiende la tesis de los principios y reglas como acciones para normas, no excluye que sean también razones para acciones, aunque lo sean de forma mediata. Cuando se habla de las reglas y principios como razones para normas, la primera distinción que debe hacerse, es que éstas pueden ser tanto razones para normas universales y, por tanto, generales, como razones para normas individuales, es decir, para “juicios de deber ser jurídico- concretos”. Desde esta perspectiva, la premisa según la cual “los principios son razones para reglas y solo para ellas”, no es del todo exacta, porque estos también pueden ser razones para juicios concretos de deber ser, aunque sean razones de tipo diferente. En este sentido, cuando una regla se constituye como una razón para un juicio concreto de deber ser, tal regla constituye una razón definitiva, que puede dar lugar a un derecho definitivo. En cambio, los principios son siempre razones *prima facie*. No obstante, cabe la posibilidad de que un principio pase de ser una razón para un derecho *prima facie* a un derecho definitivo, a través de la determinación de una relación de preferencia que, en último caso, implica establecer una regla. En este sentido, “este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser”⁹⁸. Esto no significa que los principios sean razones definitivas aunque pueden llegar a determinar un juicio concreto de deber ser. Las reglas, en cambio, salvo que admitan alguna excepción, siempre son razones definitivas. Llegados a este punto, puede decirse que las diversas formas de afrontar las distinciones entre reglas y principios sirven hoy para comprender como las normas se desenvuelven dentro del complejo constitucionalismo de los derechos.

⁹⁸ Cfr. R.ALEXY “Teoría de los derechos...” *Op. cit.*, 103

2.2. El proceso de constitucionalización del derecho. Grados de evolución

La constitucionalización es en sí un proceso de transformación del ordenamiento jurídico. Como tal, se caracteriza por una Constitución “capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”⁹⁹. Se trata, en definitiva, de un proceso en continuo cambio, que hace depender el grado de constitucionalización de un ordenamiento jurídico de la satisfacción de ciertas condiciones.

La existencia de una constitución rígida y la garantía jurisdiccional de sus disposiciones son condiciones indispensables en el proceso. Del mismo modo, el grado de constitucionalización dependerá también de la fuerza vinculante asociada a la constitución y a su capacidad de incidir en el ordenamiento, hasta el punto que éste resulte totalmente impregnado por las normas constitucionales¹⁰⁰.

Los ordenamientos dotados de constituciones rígidas sitúan a éstas en el más alto nivel jerárquico, subordinando la legalidad a sus contenidos. La constitucionalización del ordenamiento jurídico invierte así el sistema de fuentes, de tal modo que, “en el Estado legal, la constitucionalidad no era más que un componente accesorio de la legalidad. Hoy día, en el Estado de derecho, la legalidad no es más que un componente de la constitucionalidad”¹⁰¹. El resultado es el reforzamiento de la significación de los derechos fundamentales con ampliación de su contenido y ámbito de eficacia. Esto se traduce en que a su significación axiológica objetiva que dirige el propio contenido de los ordenamientos jurídicos, en forma de límites al ejercicio de los

⁹⁹ Cfr. Riccardo GUASTINI. “Neoconstitucionalismo(s)” *La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Ed. Trotta, Madrid, 2003 pp. 49

¹⁰⁰ R. GUASTINI. *Op.cit.*, pp.50, 51. *Todo ello, entendiendo por Constitución rígida, la escrita y protegida o garantizada contra la legislación ordinaria, en el sentido que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional.*

¹⁰¹ Cfr. Louis FAVOREAU. “Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del derecho”. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2000 pp. 25

poderes públicos, se suma la demanda de una actuación positiva por parte de éstos.

Junto a los derechos fundamentales, el constitucionalismo también reconoce una serie de valores o principios ético-políticos que van a condicionar la validez sustancial del derecho mismo. De esta forma, el ser y el deber ser del derecho goza de una doble garantía, tanto en cuanto a sus formas de producción, el ser o validez formal como, en cuanto a sus contenidos, el deber ser o validez sustancial. En este estado de cosas, “el paradigma del Estado constitucional de Derecho, no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia [...]”¹⁰². La constitucionalización provoca, por tanto, un desplazamiento de la legalidad, al menos, “en dos de sus funciones esenciales: ser la “fuente de fuentes y ser el vehículo de los valores esenciales o fundamentales”¹⁰³.

Todo lo que antecede no sería posible sin la introducción de un mecanismo de garantía que, en la práctica constitucional, viene siendo desarrollado a través del control jurisdiccional. Esta necesidad deviene de la complejidad estructural del Estado Constitucional de Derecho y de las expectativas que se le exigen. La alteración en las condiciones de validez de las normas y el establecimiento de vínculos negativos, de no intromisión, y positivos, de realización y desarrollo, no hacen del Estado Constitucional de Derecho algo imperfecto sino un proceso en continuo cambio, que se completa a cada paso. Esto, lejos de ser un retroceso, implica un avance en el proceso de constitucionalización de los ordenamientos, superando el entendimiento de que cualquier norma existe simplemente por haber sido producida conforme a las formas establecidas y, por tanto, válida.

La forma en que este control de la constitucionalidad se realiza no es única. Los modelos de justicia constitucional varían de unos países a otros. En este sentido y sin carácter excluyente, en función del momento en que este

¹⁰² Cfr. L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías...*” cit., pp. 22

¹⁰³ Cfr. L. FAVOREAU. *Op.cit.*, pp. 36

se ejerce, dicho control puede efectuarse *a priori* o *a posteriori*. La primera opción implica que el control se hace *in abstracto*. Este tipo de diseño “teóricamente impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor”¹⁰⁴ y, al mismo tiempo, “hace posible la aplicación de la interpretación constitucional de la ley desde su promulgación, lo que fortalece [...] la difusión de las normas constitucionales”¹⁰⁵. Como inconveniente, una consideración en abstracto no puede prevenir todos los posibles efectos inconstitucionales de una ley que, solo cuando es llevada a casos concretos, desvela su posible inconstitucionalidad. Esta situación es superada cuando el control es ejercido *a posteriori*, por lo tanto, *in concreto*, pero tiene la desventaja de hacer posible “que una ley inconstitucional entre en vigor y [...] que sea aplicada por un largo tiempo antes de que su ilegitimidad constitucional sea reconocida por los jueces”. En este estado de cosas, podría decirse que en este modelo el resultado es “una jurisprudencia de fijación lenta”¹⁰⁶.

En relación a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, hay modelos que reconocen su eficacia *erga omnes*, de tal modo, que la ley es anulada definitivamente, y otros en los que “no produce efectos generales sino circunscritos a la controversia decidida” aunque esto no es óbice para que opere el principio *stare decisis*, confiriendo “fuerza vinculante a los precedentes”¹⁰⁷.

Una vía alternativa a los modelos expuestos se encuentra en la combinación de las virtudes de los mismos. El control de constitucionalidad de las leyes efectuado con carácter previo a su promulgación evitaría en gran medida que leyes inconstitucionales lleguen a ver la luz y, por tanto, a producir efectos jurídicos. Para el resto de situaciones no evaluables *a priori*, el control de constitucionalidad *a posteriori* representaría la garantía última para la protección de los derechos fundamentales. Esto, no obstante, sería visto con temor por aquellos sectores del pensamiento que miran con recelo el control ejercido por la justicia constitucional, pero la realidad enseña que, con

¹⁰⁴ Cfr. R. GUASTINI *Op.cit.*, pp.52

¹⁰⁵ Cfr. L. FAVOREAU. *Op.cit.*, pp 57

¹⁰⁶ Cfr. L. FAVOREAU. *Op.cit.*, pp 57

¹⁰⁷ R. GUASTINI. *Op.cit.*, pp.51, 52

independencia de la existencia de constituciones rígidas, las leyes inconstitucionales siguen siendo promulgadas por el legislativo; al menos, en el modelo de control *a posteriori*. El control *ab initio*, si bien, por un lado, implica una mayor reducción del poder legislativo, por otro, su resultado debería ser el mismo que si el control se efectuara un vez promulgada la ley, salvo en aquellos casos en que los efectos no fueran predecibles. En la práctica, la problemática gira en torno a quien y a cómo debe ejercerse el control y guarda relación con una tercera condición en el proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico; el constitucionalismo como ideología o como forma de comprender e interpretar el derecho en nuestros días.

2.2.1. Alteración del valor interpretativo

Una Constitución no puede, lógicamente, regular totalmente “la vida social y política”¹⁰⁸. La ausencia de una eficacia absoluta y plena del Estado Constitucional de Derecho viene también determinada por la naturaleza misma de los derechos fundamentales. Éstos regulan con rango máximo, con máxima fuerza jurídica, objetos de la máxima importancia; sin embargo, con una máxima indeterminación¹⁰⁹. Su fuerza vinculante, por tanto, va a depender, en gran medida, de la interpretación que de la misma se realice.

Además, esta indeterminación no sólo afecta a los derechos fundamentales; propio de las Constituciones contemporáneas es la integración en sus textos de una serie de principios, disposiciones, derechos que, sin embargo, adolecen de una falta de concreción. Cuando de derechos sociales se trata, la ausencia de plenitud regulativa se hace más patente. Esto genera, por un lado, vacíos normativos –lagunas- que requieren ser colmados y, por otro, abre una vía para la discrecionalidad, posibilitando resultados vulneradores –antinomias- de la normativa constitucional.

La superación tanto de las posibles lagunas normativas como de las posibles colisiones con las normas constitucionales se alcanza a través de la interacción del control de constitucionalidad y de la labor interpretativa. Si por

¹⁰⁸ Cfr. R. GUASTINI. *Op.cit.*, pp.54

¹⁰⁹ R. ALEXYY. *Op. cit.*, pp. 32 y sgs

un lado el carácter normativo que los ordenamientos dotados de constitución han conferido a los derechos fundamentales hace de éstos un sistema que limita y vincula la validez propia del “derecho”, por otro, “los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación”¹¹⁰.

Las interpretaciones que relegan la normativa constitucional a principios o disposiciones meramente programáticas, desvalorizando su rango constitucional y negando su aplicación inmediata, vienen a negar que “uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización (...) es la idea de que toda norma constitucional – independientemente de su estructura o de su contenido normativo- es un norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos”¹¹¹.

Optar por una interpretación restrictiva o extensiva de la Constitución, significa conferir a un ordenamiento de un menor o mayor grado de constitucionalidad, respectivamente. Una interpretación restrictiva de la Constitución se limita al tenor literal de su texto, confinando a la misma a regular tan solo “una pequeña parte de la vida política y social, dejando un importante espacio jurídicamente vacío a nivel constitucional”¹¹². Esto posibilita la discrecionalidad del legislador, concediéndole un amplio margen de actuación y excluyendo cualquier control por la jurisdicción constitucional.

Por el contrario, una interpretación extensiva o una “sobreinterpretación” de la Constitución permiten deducir normas implícitas capaces de regular cualquier aspecto de la vida política y social, no dejando espacios vacíos constitucionalmente e impidiendo cualquier discrecionalidad legislativa. Por ello, una sobreinterpretación de la Constitución presupone que la misma sea entendida como vinculante¹¹³. La interpretación judicial adquiere así un valor esencial en el proceso de constitucionalización de un ordenamiento jurídico.

¹¹⁰ R. ALEXY, *Op. Cit.*, pp. 35

¹¹¹ Cfr. R. GUASTINI. *Op. cit.*, pp. 53

¹¹² Cfr. R. GUASTINI. *Op.cit.*, pp.54

¹¹³ R. GUASTINI. *Op. cit.*, pp.53 y sgs

En este contexto, varía también el papel asignado a la ciencia jurídica. En el esquema positivista clásico, la razón jurídica estaba supedita a un modelo en el que la producción del derecho venía determinada por la voluntad creadora y la validez del mismo dependía de que dicha producción se ajustara a las formas establecidas. Se trataba, en definitiva “de una ciencia que no domina sus propios fines”¹¹⁴. La superación de la concepción exclusivamente formal de la validez de las normas, condicionando las mismas a vínculos sustanciales, transforma radicalmente el papel de la razón jurídica.

La estructura compleja del Estado Constitucional de derecho, con la inevitable, pero no irreducible, existencia de antinomias y lagunas, demanda de la razón jurídica la superación de una reducción de la misma a una función descriptiva del derecho. En cierto modo, el modelo del constitucionalismo de los derechos puede cuestionar la “imparcialidad de la ciencia jurídica o restar crédito al carácter científico de la descripción”, pero no tanto en función de su actividad, como, por “las características que reúne el objeto de su estudio, esto es, el Derecho del Estado constitucional contemporáneo”¹¹⁵. En otras palabras, en el momento en el que se añade una validez sustancial al objeto de análisis, pueden aparecer criterios valorativos. Esto no significa que estemos en presencia de una actividad subjetivista al margen de parámetro alguno, como tampoco significa la imposibilidad de una función descriptiva del derecho; al contrario, “el neoconstitucionalismo [...] ha tenido la virtud de poner de relieve que no se deben colocar todos los juicios de valor en el mismo plano y que no todos se reconducen al ámbito incontrolable de la subjetividad”¹¹⁶. Describir el derecho como es y prescribir como debería ser, es un rasgo que enriquece el constitucionalismo de nuestros días y que permite no dejar el derecho relegado a ser una materia inerte. En este sentido, el modelo neoconstitucionalista presupone, hoy más que nunca, que “el derecho no es un dato, sino un incesante «hacerse»”¹¹⁷.

¹¹⁴ G. ZAGRABESLKY *Op. cit.*, pp. 120

¹¹⁵ Cfr. Santiago SASTRE ARIZA. *Neoconstitucionalismo(s) “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”*. Ed. Trotta, Madrid, 2003, pp.252

¹¹⁶ Cfr. S. SASTRE ARIZA. *Op.cit.* pp. 253,254

¹¹⁷ Cfr. G. ZAGRABESLKY *Op. cit.*, pp. 123

En este contexto se demanda de la ciencia jurídica una actuación activa y crítica “que no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos al que pertenecen las normas en conflicto”, actuando contra el derecho «inválido» o «ilegitimo» producido en contradicción con normas superiores a él. Al lado de esta actitud de demanda, es necesaria una actuación “de innovación y de proyecto” frente a las lagunas generadas por los incumplimientos de las obligaciones positivas constitucionalmente impuestas al legislador”¹¹⁸. Desde esta posición, se abre el camino para una defensa de las adecuadas garantías de los derechos sociales y para una mayor extensión, en términos de atribución, en el reconocimiento de los derechos.

En definitiva, el nuevo papel asignado a la ciencia del derecho, sumado a la interpretación judicial y al consiguiente control de constitucionalidad, hacen del Estado constitucional de Derecho un sistema reforzado de garantías.

2.2.2. El papel de la jurisdicción constitucional en materia de derechos fundamentales. Ponderación y subsunción

En el contexto presentado, cobra importancia otro de los rasgos característicos del nuevo constitucionalismo: la existencia de “más principios que reglas” tiene como consecuencia directa “más ponderación que subsunción”. La constitución se caracteriza por albergar una pluralidad de principios que, en un plano abstracto, es perfectamente coherente pero, en el plano de la aplicabilidad, puede conducir a eventuales colisiones.

Esto no significa que estemos en presencia de un caos normativo, carente de lógica alguna, sino que entra en íntima relación con la distinción entre reglas y principios y con la diferente forma de solución de conflictos entre unas y otros. Como se expuso anteriormente, cuando el conflicto se da entre dos reglas, esto significa que una de ellas debe ser invalidada o que una opera como excepción de la otra, según el criterio de especialidad. Sin embargo, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo

¹¹⁸ L. FERRAJOLI “*Derechos y garantías...*” cit., pp. 29

simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial tenga preferencia uno sobre otro¹¹⁹.

El hecho de que el neoconstitucionalismo se caracterice por más principios que reglas no implica que hagan de ellos algo propio y exclusivo y, que por esta razón, se demande una teoría interpretativa específica. Los principios no son exclusivos de los documentos constitucionales; cuestión diversa es que, como parte integrante de los mismos y por su propia naturaleza, resulte más adecuado interpretarlos, en caso de conflicto, en términos de ponderación que de subsunción. Por esta razón, las diferencias interpretativas tienen un carácter más cuantitativo que cualitativo.

En líneas generales, la ponderación es entendida como una alternativa a la subsunción. Sin embargo, la ponderación no excluye de lleno la posibilidad de subsumir. En cierto modo, el resultado de la operación de ponderar se endereza a la formulación de una regla para el caso concreto y, en ese sentido, una vez “superada la antinomia, opera como una regla y por tanto como la premisa normativa de una subsunción”¹²⁰. Por ello, cada vez que se pondera un principio en pugna con otro, tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto, el resultado de la ponderación vale solamente para dicho supuesto. Sin embargo, si en otro caso distinto los principios y las circunstancias del caso fueran idénticos, el resultado de la ponderación también debería ser el mismo, y esto, en cierto modo, no es otra cosa que una operación de subsunción.

Por otro lado, aunque la ponderación es una tarea esencialmente judicial, cabe plantearse la posibilidad de leyes ponderadas y, por tanto, de ponderaciones realizadas por el legislador. Una ley puede representar una forma de ponderación, cuando en su regulación se concede mayor tutela a un principio en relación a otro, cerrando, de esta forma, el supuesto de hecho. El riesgo de esta situación estaría en obviar el resto de circunstancias que pueden acontecer en el caso. Por esta razón, “la ley, por muy ponderada que resulte,

¹¹⁹ R. ALEXYY. *Teoría de los derechos ... Op.cit.*, 81 y sgs

¹²⁰ Cfr. L. PRIETO. *Op. cit.*, pp.145

ha de dejar siempre abierta la posibilidad de que el principio que la fundamenta, [...] pueda ser ponderado con otros principios”.

No obstante, no existe unanimidad sobre la conveniencia de la ponderación, inclinándose algún sector de la doctrina por el criterio de especialidad. La acción de ponderar es, en definitiva, “buscar la mejor decisión, cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor”¹²¹. Para aplicar el criterio de especialidad, en caso de conflicto, se requiere que la condición de aplicación aparezca explícitamente. Esto, en principios como la igualdad o en los derechos fundamentales no sucede¹²². Aplicar en estos supuestos la *lex specialis*, supondría reformular en sede interpretativa uno de los principios e introducir en ellos una cláusula de excepción o exclusión¹²³. Esto implicaría dotar a las disposiciones en conflicto de una condición de aplicación de la cual carecen.

El resultado de aplicar el criterio de especialidad o la ponderación sería el mismo; es decir, el desplazamiento de una disposición en conflicto con otra cuando se dieran unas circunstancias determinadas, actuando una de ellas como cláusula de excepción. Sin embargo, la aplicación del criterio general *lex specialis derogat generali*, cuando de principios constitucionales se trata, difiere en algún punto. El resultado sólo será válido para el caso concreto; de esta forma, “el conflicto no queda resuelto de forma estable, de una vez por todas, haciendo prevalecer sin más uno de los dos principios sobre el otro [...]; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto y, por lo tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros”¹²⁴.

Para la doctrina que considera los principios como mandatos de optimización, éstos se caracterizan por el deber específico que incorporan; “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las de las posibilidades jurídicas y reales existentes”¹²⁵. El grado de satisfacción de uno

¹²¹ Cfr. L. PRIETO SANCHIS. *Op. cit.*, pp. 137

¹²² *En este sentido*, L. PRIETO SANCHIS. *Op. cit.*, pp. 138,139

¹²³ R. GUASTINI. “*Distinguiendo*”. Estudios de teoría y metateoría del Derecho, trad. esp. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona 1999, pp.168 y ss.

¹²⁴ Cfr. R. GUASTINI. “*Distinguiendo...*” *cit.*, pp.171

¹²⁵ Cfr. R. ALEXY. “*Los derechos fundamentales...*” *cit.*, pp. 99

de los principios va a depender de la medida en que sea exigible la satisfacción del otro principio. Por tanto, la medida de cumplimiento está supeditada a las circunstancias que propician el conflicto entre ambos principios. Los principios como mandatos de optimización puede tener explícita la condición de aplicación. Sin embargo, aún en estos casos, parece más adecuada la ponderación que la utilización del principio de especialidad. El hecho de que se puedan identificar las condiciones de aplicación, no implica que se pueda determinar en abstracto que un determinado principio, cuando entre en conflicto con otro igualmente determinado, siempre vaya a ser la excepción al otro. Dependerá, en cualquier caso, del supuesto concreto. Y, por otro lado, la satisfacción de uno de ellos no tiene necesariamente que desplazar por completo la satisfacción del otro. En otras palabras, pueden coincidir parcialmente sus condiciones de aplicación y en esa esfera común ser satisfechos ambos principios.

Llegado a este punto, es evidente que ponderar implica realizar un juicio de valor. La ponderación, por tanto, consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto. Esta jerarquía solo puede aplicarse con relación a un caso concreto y será otra diferente, cuando de otro conflicto se trate. De ahí, la denominación de “jerarquía móvil o axiológica”¹²⁶.

En este estado de cosas, podría pensarse que la ponderación es el resultado de una actividad subjetivista y particularista. De hecho “se ha objetado en contra de la ponderación que no constituye un método que permita un control racional”¹²⁷. Esto sería así, si la ponderación simplemente consistiera en determinar cuál de dos principios en pugna tiene mayor peso, sin atenerse a criterio alguno. Sin embargo, ponderar significa también establecer un enunciado de preferencia aplicado al caso concreto, extrayendo todas las propiedades potencialmente relevantes, de forma que se pueda establecer una

¹²⁶ Cfr. R. GUASTINI. *“Le fonti del diritto e L’interpretazione”*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 42,44.

¹²⁷ Cfr. R. ALEXY. *“Los derechos fundamentales...” Op. cit.*, pp. 157

jerarquía condicionada entre los principios susceptibles de universalización¹²⁸. Y el modo para alcanzarlo, es aplicando el principio de proporcionalidad, en el sentido de que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de no afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹²⁹.

Estos dos aspectos de la ponderación, la determinación de un enunciado de preferencia susceptible de universalización y la aplicación del principio de proporcionalidad, parecen indicar la conveniencia de resolver, en primera instancia, en clave de ponderación y no de subsunción. El primer aspecto permite en cierto modo racionalizar el resultado de la valoración y, al mismo tiempo, proporciona la vía para la subsunción. Una vez ponderados los principios en pugna y sopesadas todas las variantes en el caso concreto, se obtendría el tipo a aplicar para supuestos coincidentes o idénticos. De esta forma se produciría un efecto de rebaja en la afirmación de que los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del derecho¹³⁰. El segundo de los aspectos permite la supervivencia de los dos principios. La cantidad de satisfacción de cada uno de ellos es proporcional a los intereses a salvaguardar, una vez que en el plano de la aplicabilidad aparecen en pugna.

Para concluir, es inevitable la reducción de la autonomía del legislador si el objetivo es dotar de eficacia directa a las normas sustantivas contenidas en los textos constitucionales. Los principios, su carácter tendencialmente contradictorio y el método de la ponderación, si bien pueden mermar su autonomía, el sometimiento a la Constitución también incluye al legislador. Esto no implica un desplazamiento del centro de poder del legislativo al judicial o un aumento de la discrecionalidad judicial en detrimento del legislador, sino la búsqueda de un esquema plausible de argumentación

¹²⁸ Juan José MORESO. “Neoconstitucionalismo(s)”. *Conflictos entre principios constitucionales*. Trotta, Madrid, 2003, pp.14 y 18 del texto mecanografiado, *apud*, L. PIETRO SANCHIS, *Op. cit.*, pp. 153

¹²⁹ Cfr. R. ALEXY “*Los derechos fundamentales...*” *cit.*, pp. 161

¹³⁰ P. COMANDUCCI, “*Principios jurídicos e indeterminación del derecho*”, en P.E Navarro, A.Bouzat y L.M. Esandi, *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999, en especial pp. 74 y sgs

jurídica, que permita un método de ponderación capaz de generar reglas susceptibles de universalización.

2.2.3. La objeción contramayoritaria a la justicia Constitucional. Democracia y objeción contramayoritaria. La legitimación democrática.

El constitucionalismo rígido a su vez va a introducir una dimensión sustancial en la propia naturaleza de la democracia¹³¹. Del mismo modo que los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos condicionan la validez formal y sustancial de las normas, van a *limitar* a la democracia con la sustracción de aquellos principios o derechos constitucionales que no pueden ser modificados de modo alguno.

Esa esfera intangible es lo que se ha llamado el “coto vedado”¹³² y el diseño institucional que requiere se caracteriza por la existencia de una constitución con un amplio catálogo de derechos y un mecanismo de control jurisdiccional de la legislación ordinaria. Dentro del coto vedado quedan así comprendidos “todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida”¹³³, quedando al tiempo excluidos del ámbito de negociación parlamentaria.

Entre las críticas que se plantean al coto vedado, como “núcleo no negociable”¹³⁴ y más ampliamente al constitucionalismo “rígido”, está la objeción contramayoritaria. Esta responde a una tensión no resuelta entre y constitucionalismo y democracia y, en última instancia, ligada a las diferentes formas de concebir a esta última. Ahora bien, si se parte de un concepto de democracia que incluye o presupone la existencia de los derechos básicos “no

¹³¹ L. FERRAJOLI, “Derechos y garantías...” *cit.*, pp. 50 y ss

¹³² Cfr. Ernesto GARZON VALDES. “Representación y Democracia” En E.Garzon. Derecho, ética y política. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989,1993 pp. 631/650.

¹³³ Cfr. Ernesto GARZON VALDES “Representación y Democracia”. *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. Universidad Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Núm. 6, 1989 pp156.

¹³⁴ Cfr. E. GARZON VALDES. “Representación y Democracia”. *Doxa*. *Op. cit.*, pp166

solo no habría un conflicto esencial entre ella y el constitucionalismo, sino que éste sería la forma institucional de la genuina democracia”¹³⁵.

La objeción contramayoritaria, en lo que aquí interesa, se manifiesta en dos sentidos. Por un lado, si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir. Por otro, la crítica afecta al control jurisdiccional de constitucionalidad y plantea el interrogante sobre qué legitimidad tienen los “jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador ordinario”¹³⁶.

En relación a la primera objeción, las críticas van dirigidas más al modelo de diseño garantista que implica el constitucionalismo que a la existencia del coto vedado. La determinación de aquello que queda sustraído se inicia en el mismo momento constituyente, adoptando “de algún modo la decisión sobre qué es lo que las mayorías no pueden decidir”¹³⁷. En este sentido, desde algún sector doctrinal se defiende que el resultado de este ejercicio responde al procedimiento seguido en la toma de decisiones, de tal modo que “el constitucionalismo no consistiría [...] en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una combinación de procedimientos ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros”¹³⁸. La opción de seguir un procedimiento con o sin restricciones sustantivas, no es otra que la elección entre dos reglas de decisión colectiva que, por lo demás, “son por igual estrictamente procedimentales y, como tales, falibles”¹³⁹. Desde esta perspectiva, la regla de la mayoría es el procedimiento de decisión no sujeto a restricciones sustantivas válido para adoptar decisiones de cualquier contenido. Llegados a este punto, frente a la exigencia de mayoría reforzada en los procesos de reforma constitucional, se defiende igualmente la

¹³⁵ Cfr. Juan Carlos BAYON. “Derechos, democracia y constitución”. Revista *Discusiones*. núm.1, 2000, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, pp. 68.

¹³⁶ Cfr. J.C. BAYON. *Op. cit.*, pp. 67,68

¹³⁷ Jeremy WALDRON. “A Right- Based Critique of Constitutional Rights” pp.33 APUD J.C BAYON. *Op. cit.*, pp. 71

¹³⁸ Cfr. J.C. BAYON. *Op. cit.*, pp 71 en relación a la postura defendida por J. WALDRON

¹³⁹ Cfr. J.C. BAYON. *Op. cit.*, 72 en relación a la postura defendida por J. WALDRON

regla de la mayoría como método de decisión y garantía al ser “la única que reconoce y toma en serio la *igual* capacidad de autogobierno de las personas” y el derecho “de todos y cada uno a que su voz cuente [...] en el proceso público de toma de decisiones”¹⁴⁰.

Frente a este tipo de posicionamiento, las réplicas del constitucionalismo parten de un concepto de democracia que presupone la existencia de derechos básicos. Su justificación se apoya en que la abstracción de los derechos fundamentales de la regla de la mayoría se hace necesaria porque, de otra manera, si por mayoría se pueden adoptar decisiones con cualquier contenido, la mayoría puede decidir oprimir a la minoría¹⁴¹. La limitación se refuerza a través de la configuración de los derechos fundamentales “como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales, que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer”¹⁴². Así entendido, el constitucionalismo no representa “un elemento antitético de la democracia, como, sobre todo, su necesario complemento sustancial”¹⁴³. El Estado Constitucional de derecho se constituye, de esta forma, como el marco garantista de los derechos fundamentales y éstos, a su vez, como garantía de protección de situaciones jurídicas subjetivas.

En último término, la decisión de la intangibilidad de los derechos o bienes básicos que constituyen el coto vedado es el resultado de un procedimiento, en este caso, constituyente. Es en ese momento, cuando se alcanza no solo un consenso sobre su abstracción sino también sobre el procedimiento para garantizar su protección. En este último sentido, si la disyuntiva se presenta en términos de elección “entre dos reglas de decisión colectiva, como son la regla de la mayoría y el constitucionalismo”, huelga decir

¹⁴⁰ J. Waldron “*A Right-Based Critique of Constitutional Rights*” op. cit. pp. 36-38 y “*Legislation, Authority and Voting*” Op. cit., p. 2210. Apud., J.C BAYON. Op. cit., pp.72

¹⁴¹ J.C BAYON. Op. cit., pp.70

¹⁴² Cfr. L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías...*” cit., pp. 23, 24

¹⁴³ Cfr. L.FERRAJOLI. *Derechos y garantías...*”cit., pp. 23. En contraposición a la postura defendida por Neil MacCormick, del constitucionalismo como elemento antitético de la democracia.

que usando la primera puede adoptarse la segunda. Esto implica que “aun concediendo como hipótesis la justificación última de la regla de la mayoría, justificado quedaría igualmente lo que trajese causa de ella”¹⁴⁴.

La segunda cuestión planteada por la objeción contramayoritaria afecta a la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad. En un constitucionalismo fuerte, el grado de control jurisdiccional ve incrementado su poder, en función del grado de rigidez constitucional, de modo que, a mayor rigidez, mayor control judicial.

En líneas generales, la objeción contramayoritaria al control jurisdiccional no parece tener mayor inconveniente en aceptar una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos básicos y que, por tanto, “al menos algunos de estos derechos se conviertan [...] en derechos constitucionales con cierta primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias”. Partiendo de esta aceptación, los posicionamientos pueden variar. En este sentido, algún sector doctrinal defiende que “hay poderosas razones para confiar a los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales”, pero no todos, sino solo en aquellos supuestos en que por el carácter *prima facie* de los derechos surjan conflictos sobre cuál de ellos deba prevalecer. Para el resto, “el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no es un requisito necesario, ni suficiente, para la protección de los derechos básicos”¹⁴⁵.

Frente a esta negación parcial del control jurisdiccional es necesario recordar, una vez más, la naturaleza de los derechos básicos. Salvo para aquellos derechos que poseen una impresión de absolutidad, las posibilidades de conflictos en el ámbito de la aplicabilidad es altamente probable y solamente en este ámbito es posible ver las posibles colisiones. Esta decisión es en última instancia judicial, y solo se produce en su seno y no *a priori*.

¹⁴⁴ Cfr. C BAYON. *Op. cit.*, pp.76

¹⁴⁵ Cfr. Juan José MORESO. “*Derechos y justicia procesal*”, *Discusiones*: núm. 1 (2000), Alicante. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, pp. 39, 40.

Desde otros posicionamientos doctrinales, se defiende la necesidad de una clase de diseño institucional basado en un «constitucionalismo débil». Este diseño parte de la aceptación del coto vedado, pero diferencia dentro del mismo, aquellos contenidos que permiten ser formulados en forma de reglas de aquellos otros que constituyen principios, hecho que, en última instancia, está en relación con la vaguedad y abstracción propia de la formulación de los derechos en los textos constitucionales. Establecida esta diferenciación, “se admite un núcleo – formulable en forma de reglas- irreformable”. Se reconoce también “que puede haber ventajas- de tipo instrumental- en que el resto del contenido del coto vedado (solo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional” y admite como deseable el control jurisdiccional de constitucionalidad, pero como “mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones”¹⁴⁶ dejando, en todo caso, la decisión última en manos de la democracia representativa.

Los posicionamientos contrarios al control jurisdiccional pueden ir más allá y no reconocer ningún tipo de ventaja a dicho control. En este sentido, se alude al hecho de que “el límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados” sino del órgano que ejerce este control. Se alcanza esta conclusión, “porque por discutibles o infundadas” que puedan parecer las decisiones que adoptan, “su firmeza no está condicionada a su corrección material”¹⁴⁷.

Las réplicas que desde el constitucionalismo se dirigen a la objeción contramayoritaria del control jurisdiccional se basan en que los jueces constitucionales no imponen su propio criterio, sino “la más fundamental voluntad democrática del constituyente”¹⁴⁸. Esta premisa es verdadera en el

¹⁴⁶ Cfr. C BAYON *Op. cit.*, pp. 89 y 90 Desde la perspectiva del modelo institucional defendido por el autor, la conveniencia del control jurisdiccional de constitucionalidad, depende de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema, porque de lo que se trata es de “evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra. Un diseño, en definitiva, lo bastante diferente de la clase de constitucionalismos a que estamos acostumbrados como para que reconsideremos seriamente si nuestras instituciones básicas son verdaderamente justificables”.

¹⁴⁷ J. WALDRON. “Freeman’s Defense of Judicial Review”. *Law and Philosophy* Vol. 13, No. 1 (Feb., 1994), *Op. Cit.*, pp.36 Apud., C BAYON. *Op. cit.*, pp.71

¹⁴⁸ Cfr. C. BAYON. *Op. cit.*, pp.68

sentido de que la adopción de la decisión sobre aquello que debe quedar en la esfera de lo no decidible responde al consenso adoptado en el proceso constituyente, al igual que el diseño institucional para garantizarlo. Es este mismo poder constituyente el que conscientemente busca limitar al legislador.

La forma en que están formulados los derechos fundamentales en los textos constitucionales conduce inevitablemente a su interpretación. Es cierto que esto amplía el margen del control jurisdiccional y limita al legislativo pero, en cualquier caso, esa «apertura» constitucional no cierra el círculo al legislativo; tan solo lo deja sujeto en sus decisiones al control de constitucionalidad. Se genera una relación paradójica entre derechos fundamentales y democracia, de tal modo que “los derechos fundamentales son profundamente democráticos porque garantizan los derechos de igualdad y libertad y mantienen estable el procedimiento democrático; y son profundamente antidemocráticos, porque, al mismo tiempo, desconfían de dicho procedimiento, con sometimiento incluso del Legislativo”¹⁴⁹, lo que está en relación con la determinación de la razón última del valor concedido a los derechos fundamentales para justificar su sustracción de la esfera de lo decidible, vinculando y limitando, al mismo tiempo, a los poderes públicos.

De otro modo, la rigidez de las Constituciones, aunque formalmente establecida, no estaría plenamente garantizada sin algún tipo de control. En el constitucionalismo de los derechos, el equilibrio se alcanza con la interacción del control de constitucionalidad. Las vinculaciones que generan los derechos fundamentales, negativas, creando un núcleo mínimo intangible sustraído a la decisión de la mayoría, y positivas, exigiendo una actuación por parte de los poderes públicos, no serían posible, sin la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez.

En definitiva, el debate se dirige a “quien debe ser *el vigilante no vigilado* que ponga punto final al edificio jurídico del Estado constitucional de derecho”¹⁵⁰; por tanto, la problemática no gira en torno a la necesidad de un

¹⁴⁹ Cfr. Robert ALEXY. “Neoconstitucionalismo(s)” *Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático*. Trotta, Madrid, 2003, pp37 y ss

¹⁵⁰ Cfr. S. SASTRE ARIZA. *Op.cit.* pp 243

control de constitucionalidad sino a quién debe decidir en última instancia. Las diferentes alternativas al diseño institucional del control judicial de la constitucionalidad apuntan a distintas formas de entender la democracia y a los modelos de participación en la adopción de decisiones. En este contexto, es necesario tener en cuenta que, para que un modelo diverso de control funcionara, las decisiones deberían ser “siempre tomadas bajo ciertas condiciones (o restricciones). El número de votantes, la mayoría exigida, la forma de la deliberación, la educación y la ilustración de los votantes, son condiciones necesarias para definir la situación de decisión”¹⁵¹. En este sentido la opción de un modelo institucional de garantía «especializado» no debe ser soslayado. El hecho de que la decisión última sobre la constitucionalidad recaiga sobre el poder judicial, no deja a éste fuera de los límites infranqueables del coto vedado; al contrario, su función es velar por que estos no sean sobrepasados.

3. Constitucionalismo y derechos fundamentales de los extranjeros

En líneas generales, el marco presentado da cuenta de la existencia de nuevas formas de entender el constitucionalismo de nuestros días y de estar en presencia de un modelo dinámico no consolidado, donde los derechos fundamentales tienen el papel principal. Sin embargo, el pretendido universalismo que subyace, cuando de los derechos fundamentales se habla, no tiene tal identidad en un plano real. Se trata de una universalidad relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica¹⁵². Esto no impide, sin embargo, que se pueda identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica, posibilitando de esta forma una vía plausible tanto en lo que se refiere a un mayor reconocimiento de derechos como, su extensión a otros titulares.

¹⁵¹ Cfr. Ernesto Garzón Valdés. “*El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías*”. Constitucionalismo y diversidad cultural. Revista Isonomía núm. 12, 2000. Pp 13 citando a Condorcet. “*Mathématique et société*”. Selección de textos e introducción de Roshdi Rashed, Paris, Hermann 1974 pp 66

¹⁵² L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías...*” cit., pp 38,39

Los fundamentos que hacen relativa la universalidad de los derechos, no son otros que la personalidad, la ciudadanía y la capacidad de obrar. Esta última, muy restringida en el pasado, aparece ahora sólo limitada a los menores e incapacitados mentales, como supuestos insalvables para el ejercicio de determinados derechos y como una forma de protección a los mismos. Sin embargo, la ciudadanía se configura como presupuesto de acceso para el disfrute de los derechos, convirtiéndose en una subcategoría de la personalidad. En este estado de cosas, antes de la ciudadanía, la nacionalidad emerge como el principal parámetro de reconocimiento o exclusión de la titularidad de los derechos fundamentales, en virtud de que título se ostente, si el de nacional o de extranjero para a continuación, extender parte de sus efectos excluyentes al concepto de ciudadanía. El nexo común entre ambas instituciones en la pertenencia a una determinada comunidad política, permite una progresiva aproximación entre ambas categorías.

Esto posibilita “vincular las nociones de Estado y exclusión”, al tiempo que se configura “la categoría de ciudadano en contraposición a la condición de extranjero [...]” lo que supone “un argumento decisivo a favor de la inaplazable necesidad de redefinir la soberanía estatal, o mejor, de superar las condiciones que ésta plantea a aquellos, a los derechos”¹⁵³. El pretendido universalismo de los derechos fundamentales, como derechos de la persona¹⁵⁴, quiebra cuando éstos son limitados en términos estatales. Y esto, precisamente en un contexto tendencialmente proclive a procesos de integración supranacionales, donde las soberanías estatales van cediendo cada vez más parcelas en pro de esa integración. Este desplazamiento de la soberanía corre el riesgo de afianzar la ciudadanía, no como un valor añadido a la personalidad, sino como una categoría excluyente, con cierre al reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a los que siendo personas, no gozan del estatus de ciudadano.

¹⁵³ Cfr. Javier DE LUCAS. “*En los márgenes de la legitimidad. Exclusión y ciudadanía*”. Revista Doha, Alicante, núm. 15/16, Alicante, 1994, pp. 353

¹⁵⁴ En este sentido, la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966.

La ciudadanía como estatus expresa, desde su nacimiento, la capacidad de participación política del individuo en el gobierno de la comunidad y se configura como la entidad necesaria para el reconocimiento del ejercicio de los derechos en general. Este entendimiento no ha impedido variaciones en su contenido, toda vez que se obtienen nuevos derechos y acceden a ella nuevos titulares; sin embargo, su trayectoria no ha sido lineal, diferentes parámetros han delimitado su ámbito de inclusión, como la clase, el género, la raza¹⁵⁵ o la pertenencia a otra comunidad, alguno de ellos plenamente vigentes en la actualidad. Desde esta perspectiva, podría decirse que “la historia de la ciudadanía es tanto la historia de la extensión de derechos que lleva consigo como la historia de la exclusión del propio status de ciudadanía y del acceso a tales derechos”¹⁵⁶.

El binomio ciudadanía-derechos facilita, en la práctica, que la línea divisoria entre ambos no aparezca claramente deslindada; todo ello, cuando se trata de categorías diversas que confluyen en el momento en el que la ciudadanía como estatus se convierte en el medio para obtener el reconocimiento de ciertos derechos. La distinción es fundamental, ya que la ciudadanía es un estatus y éste, a su vez, implica “una relación con el Estado que califica al individuo [...], por ello [...] debe ser una situación y, en tanto tal, distinguirse de un derecho”¹⁵⁷.

Esta premisa permite romper con la idea de la ciudadanía como el estatus al que se asocian *ex lege* todos los derechos¹⁵⁸. De otro modo, la asociación de la noción de ciudadanía a los derechos acabaría por hacer de ésta una categoría omnicomprendiva, no sólo de cierto tipo de derechos que

¹⁵⁵ J. BABIANO “*Ciudadanía y exclusión*”. Ciudadanía y democracia. (2000) Manuel Pérez Ledesma (Comp.) Editorial Pablo Iglesias. Madrid. Cfr., pp, 238

¹⁵⁶ J. BABIANO. *Op. Cit.*, pp. 237

¹⁵⁷ Cfr. R.ALEX. “*Teoría de los derechos...*” *Op.cit.*, pp 248. Alexy en referencia a G.Jellinek en “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*”. “*Teóricamente, la personalidad es una relación con el Estado que califica al individuo. Por ello, jurídicamente es una situación, un status*”. 2ª edición. Tubinga 1976 pp.83

¹⁵⁸ L.FERRAJOLI “*Derechos y garantías...*” *Op.cit.*, pp 98. En este sentido, T.H MARSHALL y T. BOTTOMORE en “*Ciudadanía y clase social*”. Se define la ciudadanía como “*aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad. Sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica*” Alianza Editorial. Madrid, 1998. pp 37.

desde la antigüedad clásica aparecen vinculados a la ciudadanía, los de participación política, sino de aquellos otros que no pertenecen al individuo en cuanto ciudadano sino como persona.

Las nociones de *status personae* y *status civitatis* son desde la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, los dos status subjetivos posibles. A partir de estos estatus, se diferencia entre derechos de la personalidad y derechos de la ciudadanía, siendo la mayoría de los derechos instituidos como derechos de la persona, salvo los derechos políticos que se reservan a los ciudadanos. Esta distinción permanece consagrada en las constituciones contemporáneas, donde los derechos civiles y algunos derechos sociales son derechos de la personalidad atribuidos al individuo en su consideración como persona y no en su condición de ciudadano.

El paralelismo entre el proceso de conquista de los derechos, sobre todo en lo referente a la extensión de la titularidad de los mismos, con el proceso histórico de gestación de la ciudadanía¹⁵⁹ hasta alcanzar su significación en sentido moderno, ha reforzado la identificación de la ciudadanía con los derechos mismos, de tal forma que “la ciudadanía [...] constituye, en su sentido más lato, el derecho a tener derechos”¹⁶⁰. Este tipo de entendimiento no debe impedir mantener diferenciados los derechos del hombre y los derechos del ciudadano como el rasgo que caracteriza la concepción moderna de la libertad.

La idea de ciudadano como sujeto de derechos se desarrolla dentro del marco de pertenencia a una determinada comunidad. Los derechos reconocidos, su contenido y los titulares formales de los mismos dependerán del grado de vinculación con el Estado, parámetro de medición que determina

¹⁵⁹ En este sentido T.H MARSHALL y T. BOTTOMORE “*La historia de los derechos civiles en su periodo formativo se caracteriza por la inclusión gradual de nuevos derechos en un estatus ya existente que se consideraba propio de todos los miembros adultos de una comunidad, aunque habría que decir de los miembros varones, ya que el estatus de la mujer al menos de la casada, era especial en muchos aspectos*” *Op. cit.* pp28

¹⁶⁰ Cfr. Francisco COLOM GONZALEZ (1998a). “*Los umbrales del demos: ciudadanos, transeúntes y metecos*” en Quesada F. 8edit. *La filosofía política en perspectiva*. Anthropos. Barcelona. Pp.39

la existencia, dentro de una misma comunidad, de ciudadanos de primera y segunda clase, coexistiendo en el marco de una desigualdad social legitimada.

En suma se mantiene la clásica distinción entre *status personae* y *status civitatis*, generando dos tipologías de derechos fundamentales; por un lado, los que corresponden a todos como personas y, por otro, los que corresponden exclusivamente a los que tienen la condición de ciudadanos.

Esta distinción gira en torno a la clase de sujetos que son titulares y es diversa de aquella que afecta a la estructura de los derechos fundamentales. La atribución de los derechos, ya sean civiles, políticos o los derechos sociales, según los criterios de personalidad o de ciudadanía, es de carácter estrictamente normativo, es decir; depende de sí se configuran positivamente como derechos que corresponden a todos como personas, o como derechos que se atribuyen exclusivamente a los ciudadanos.

La relación entre individuo-Estado y las diferentes posiciones en las que aquel se puede encontrar frente a éste aparecen así determinadas por el grado de disfrute de los derechos asociados a esa ciudadanía reconocida plenamente a unos y parcialmente negada a otros. Desde esta perspectiva, cabe destacar que todo individuo, por el mero hecho de estar dentro de una determinada comunidad, está en posición de “sumisión al Estado”¹⁶¹. Esto significa que su situación o *status pasivo* “es describible con la ayuda de las modalidades del mandato, la prohibición y la competencia o su conversa, la sujeción”¹⁶², independientemente del contenido de estos y de su condición o no de ciudadano.

La situación cambia cuando se trata de la relación inversa, es decir, de la posición que el individuo tiene frente al Estado o su *status negativo*. En este sentido, la primera exigencia sería delimitar qué ámbito comprende tal estatus. En oposición al estatus pasivo, que hace referencia a las obligaciones, el estatus negativo tiene que ver con el ámbito de libertad, es decir, con todo aquello que no está ni prohibido ni ordenado. Desde esta perspectiva es

¹⁶¹ Cfr. R.ALEX. “Teoría de los derechos...” *Op.Cit.*, pp. 249

¹⁶² Cfr. R. ALEX. “Teoría de los derechos...” *Op.Cit.*, pp 249,250

indiferente que acciones permitidas y no prohibidas comprendan esa esfera de libertad y de la condición o no de ciudadano; en otras palabras, “la situación individual que surge de las leyes que reconocen y norman la libertad [...] es sustancialmente la misma para todos los casos”¹⁶³. Entre el estatus pasivo y el negativo existe entonces una relación recíproca excluyente, en el sentido de que todo lo que no queda comprendido en el estatus pasivo pertenece al negativo.

Esta lógica puede verse alterada si dentro del estatus negativo se incluyen los derechos de defensa como correlato a la no intromisión. El ámbito de no interferencia del individuo para ser eficaz debe estar protegido y esta protección implica el derecho a acciones negativas del Estado u omisiones. El problema está en decidir acerca de dónde deben incluirse éstas: si en el estatus negativo o si, por el contrario, la protección del ámbito de libertad del individuo debe vincularse al estatus positivo o status civitatis.

La adscripción a uno u otro estatus no deja de ser problemática. Una solución intermedia sería diferenciar entre el estatus negativo y positivo, en sentido estricto y en sentido amplio¹⁶⁴. El estatus negativo en sentido estricto comprendería únicamente el ámbito de lo que está permitido y de lo que no está prohibido¹⁶⁵. El estatus negativo en sentido amplio incluiría los “derechos de defensa, que defienden el status negativo en sentido estricto”. El estatus positivo en sentido amplio haría referencia tanto a derechos, acciones positivas y negativas, en tanto que, en sentido estricto, sólo a derechos, a acciones positivas. Las consecuencias de esta distinción es que “los derechos que son

¹⁶³ Cfr. R. ALEXY. “Teoría de los derechos...” *Op.Cit.*, pp 253

¹⁶⁴ R.ALEXY “Teoría de los derechos...” *Analizando la teoría del status de G. Jellinek pone de manifiesto que dentro de la estructura que defiende el autor hay algunas fisuras. Según Jellinek toda pretensión a un determinado comportamiento estatal debe pertenecer al estatus positivo del individuo. El problema no resuelto es cuando se trata de una omisión, ya que Jellinek entiende que lo que constituye el contenido de los derechos del status positivo debe ser un hacer positivo del Estado. Alexy siguiendo su teoría de las posiciones jurídicas fundamentales que divide las posiciones como derechos en, derechos a algo, libertades y competencias, incluye dentro de los derechos a algo, los derechos a acciones negativas o derechos de defensa. Pp258,259*

¹⁶⁵ R.ALEXY. “Teoría de los derechos...” *El estatus negativo se referiría exclusivamente a las libertades jurídicas no protegidas, según la teoría de Jellinek y sería coherente con la distinción que hace el autor cuando incluye toda pretensión a un determinado comportamiento estatal en el estatus positivo del individuo. Pp258,259*

añadidos al status negativo en sentido estricto [...], los derechos de defensa, son un subtipo de los derechos del status positivo en sentido amplio” La complejidad de la distinción se diluye en la práctica, con un entendimiento generalizado del estatus negativo en sentido amplio y el positivo en sentido estricto¹⁶⁶.

Al margen de la inclusión de los derechos de defensa en uno u otro estatus, su contenido hace referencia a una capacidad determinada del individuo frente al Estado, la que tiene como ciudadano. El estatus positivo o *civitatis*, implica que es el ciudadano y no el individuo, el que tiene frente al Estado derecho a “acciones estatales” ya sean acciones positivas o, si se parte de una distinción de este estatus en sentido amplio, a acciones negativas. La relación entre Estado-Ciudadano se equilibra de modo que “la extensión del status positivo del ciudadano se corresponde con [...] lo que uno podría llamar el “status pasivo del Estado”, del mismo modo que “todo aquello que no pertenece al estatus positivo del ciudadano [...] podría llamarse “status negativo del Estado”¹⁶⁷.

Las tres posiciones, vistas hasta ahora, quedan completadas con el estatus activo o de la ciudadanía activa. Esta posición tiene que ver con la competencia y con la capacidad de incidir en la “formación de la voluntad estatal”¹⁶⁸ a través del derecho de sufragio, derecho que sólo es reconocido al individuo en cuanto ciudadano otorgándole “capacidades que se encuentran fuera de su libertad natural”¹⁶⁹.

La distinción de los diferentes estatus que puede tener reconocidos el individuo cobra importancia cuando son analizados desde su dimensión social. Desde esta perspectiva y, en primer lugar, el estatus es la posición que una persona ocupa en la sociedad; fuera de ésta, la distinción realizada hasta ahora quedaría reducida a conceptos aislados carentes de sentido. A esta clasificación habría que sumarle la existencia de un quinto estatus, el del no

¹⁶⁶ R.ALEXY “*Teoría de los derechos...*” pp. 259

¹⁶⁷ Cfr. R.ALEXY. “*Teoría de los derechos...*” *Op.cit.*, pp.257

¹⁶⁸ Cfr. R.ALEXY. “*Teoría de los derechos...*” *Op.cit.*, pp 260. En relación a JELLINEK.

¹⁶⁹ Cfr. R. ALEXY “*Teoría de los derechos...*” *Op.cit.*, pp 260. En relación a JELLINEK.

ciudadano, como aquel que ocupa un lugar en la sociedad pero no tiene reconocida la capacidad y la competencia para participar en el destino de la misma. Esto determina que un mismo individuo, dependiendo de la comunidad que se tome como referencia, tenga diferentes estatus. Este artificio se completa con otro que tiene su origen en la distinción “entre el contenido del status y el status en tanto tal”¹⁷⁰ o, lo que es lo mismo, entre estar en una determinada posición y la distinción que existe entre los derechos que pueden disfrutarse por estar en la misma. Realizada esta abstracción sería defendible un reparto diferente de los mismos y el reconocimiento de un nuevo estatus universal que colocará al individuo en una posición de igualdad, no sólo en el plano de las obligaciones sino también en el de los derechos. En este estado de cosas, es “el Estado, [...] el que tiene «la llave de la diferencia», es quien instituye a través del Derecho la noción misma de extranjero, como la de minoría, esto es las modalidades de exclusión”¹⁷¹. De hecho, en la práctica, es en los ordenamientos jurídicos estatales donde la predicada universalidad aparece como más aparente que real, particularmente, en un nivel infraconstitucional.

No solo los textos internacionales sino la gran mayoría de las Constituciones reconocen un amplio catálogo de derechos, con excepción de los derechos políticos y algunos derechos sociales, a todos en cuanto personas, con independencia de la nacionalidad. En algunos casos, las legislaciones ordinarias parecen olvidar que la cantidad y la cualidad de los intereses que se protegen a través de los derechos fundamentales, tienen relación directa con el grado de democratización de los ordenamientos y con la extensión de los sujetos a quienes se concede esa protección. Determinar el reconocimiento de los derechos en la ciudadanía, reduciendo los derechos del hombre a derechos del ciudadano, tendría como resultado una “grave pérdida de cualidad de los derechos fundamentales y de nuestros modelos de democracia, cuya credibilidad está plenamente ligada a su proclamado universalismo”¹⁷².

¹⁷⁰ Cfr. R.ALEXANDER “Teoría de los derechos...” *Op.cit.*, pp 250

¹⁷¹ Cfr. J. DE LUCAS. *Op. cit.*, pp. 355

¹⁷² Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” *cit.*, pp. 57

A excepción de los derechos políticos, los derechos fundamentales han sido siempre proclamados como universales desde la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 en adelante, en un contexto histórico, político y social en el que la distinción entre hombre y ciudadano no planteaba ningún problema. Podría decirse que “el mérito de la Declaración de 1789 [...] consistió en reconocer y sancionar como derechos del hombre los derechos de libertad, y como derechos del ciudadano los derechos políticos, unos y otros esenciales [...] para el desarrollo de la democracia”¹⁷³. La antinomia, universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía, aparece en el momento en el que tiene que ser puesto a prueba el universalismo predicado, justamente cuando el fenómeno de la inmigración invierte su dirección hacia Europa. La idea revolucionaria de concebir los derechos y las libertades de los individuos tenía lugar en un plano más teórico que real y en un momento histórico que no da lugar para comprobar su grado de efectividad. El *ius peregrinandi* o el *ius migrandi*, “fueron proclamados como iguales y universales en abstracto, aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica, por ser inimaginable la emigración [...] hacia Occidente”. Sin embargo, estos mismos derechos “servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos” por parte de los Estados nacionales occidentales. Paradójicamente, en la actualidad, cuando ha llegado el momento de poner a prueba estos derechos, la reciprocidad y universalidad que de ellos se predicaba, como se verá, ha sido negada¹⁷⁴.

En este contexto, la ciudadanía representa “el último privilegio de status [...], el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”¹⁷⁵. La identificación de la igualdad en los derechos fundamentales corresponde a la configuración del principio de igualdad como norma jurídica y no como hecho. La idea de igualdad jurídica como igualdad de derechos, a través de los derechos fundamentales, se articula como la técnica

¹⁷³ Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” cit., pp. 101

¹⁷⁴ Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” cit. pp 116-118

¹⁷⁵ Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” cit., pp.116

idónea para la superación de la dialéctica igualdad-diferencia, preservando las diferencias que distinguen a cada individuo de los demás pero igual al resto, compensando, de esta manera, las desigualdades.

El principio de igualdad aparece reconocido en la inmensa mayoría de las constituciones nacionales y en las declaraciones internacionales, mostrando una tendencia general hacia la igualdad entendida como la superación de criterios de discriminación no válidos para nuestros Estados democráticos y sociales. La llamada “política de la diferencia” aparece en nuestros días como resultado de la creciente complejidad de las relaciones entre grupos sociales y culturalmente heterogéneos en las sociedades contemporáneas¹⁷⁶. Este es otro factor añadido a la problemática, el multiculturalismo. Este fenómeno contribuye a “que las diferencias, en lugar de ser rasgos de las diversas identidades de las personas, se conviertan en privilegios o discriminaciones sociales que deforman la identidad y determinan la desigualdad de aquellas [...]”¹⁷⁷.

La disfunción entre igualdad y desigualdad, entre el universalismo de los derechos fundamentales y sus confines estatales, articulada a través de la diferenciación ciudadano o extranjero, y sus diferentes identidades, sólo se resolverá “con la superación de la ciudadanía, la definitiva desnacionalización de los derechos fundamentales y la correlativa desestatalización de la nacionalidad”¹⁷⁸.

En este contexto, un dato relevante es la relación existente entre la universalidad de los derechos fundamentales y la vaguedad de su contenido. Se hizo mención con anterioridad a los problemas que la ausencia de precisión de los derechos fundamentales genera al efecto de su aplicación concreta. Mientras tanto, esta es la fórmula necesaria para que, por medio de esta generalidad, puedan ser reconocidos los derechos al mayor número de titulares posibles y a las más variadas situaciones que tengan correspondencia con los

¹⁷⁶ Corina YTURBE. “Constitución, globalización y ciudadanía”. Revista Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho, México núm.12, abril, 2000 pp.37

¹⁷⁷ Cfr. C.YTURBE. *Op. cit.*, pp.38

¹⁷⁸ Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...”, *cit.*, pp. 57

textos que los garantizan. Un elevado nivel de detalle de los supuestos de aplicación de los derechos fundamentales conlleva como contrapartida un perjuicio en términos de su extensión subjetiva y objetiva, cuestión que es inversamente proporcional al grado de especificidad.

Estas consideraciones permiten defender la posición de que los derechos fundamentales deben ser reconocidos a todos los que pueden ser beneficiados por el contenido de su texto, sin exclusiones. Es decir, si se garantiza una determinada ventaja, ella debe ser extendida, como consecuencia lógica, a todos los colectivos de personas, sin que una situación específica en que el potencial destinatario pueda encontrarse impida su reconocimiento. Sin duda, este debe ser el principio general resultante de la universalidad y generalidad de los derechos fundamentales. La gran cuestión es si también se aplican a los extranjeros y, en caso positivo, en qué medida.

Un análisis basado en la universalidad y generalidad de los derechos fundamentales admite una conclusión en el sentido de que las restricciones a su goce por los extranjeros, por esta razón específica, resulta una interpretación restrictiva, incompatible con los postulados del constitucionalismo.

La premisa no es totalmente verdadera, pero tampoco es falsa en absoluto, en el sentido de que jamás son admisibles restricciones al ejercicio de algunos derechos fundamentales; lo son con relación a algunos derechos, pero no con todos. Aquí surge el problema de razonar este entendimiento que, a primera vista, contrasta con lo que ha sido expuesto.

Las razones se encuentran en las características del Derecho internacional, tildado por algunos como derecho imperfecto, por la inexistencia de un centro de monopolio legítimo por encima de los sujetos de derecho, que, tradicionalmente, para esta rama, son los Estados. El derecho internacional tiene una lógica diferenciada del derecho interno, aunque esto sea objeto de significativos cambios en los últimos tiempos. La combinación nuevo orden económico y político internacional e inversión del fenómeno migratorio afectan directamente a la concepción del vínculo social. Esta situación demanda un

nivel de garantía de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos sociales, en una dimensión de la constitucionalidad más allá de los confines estatales.

Mientras tanto, no hay que olvidar que ha sido el Estado Social el que ha tratado de garantizar la extensión efectiva de los derechos a todos. Si bien no ha tenido una base teórica y jurídica comparable a la del Estado liberal, su vulnerabilidad se ve acrecentada por la imposibilidad de formalizar las prestaciones públicas que los derechos sociales demandan para su efectividad así como la ausencia de garantías equiparables a la de los otros derechos. Esto conduce a algunos sectores a negar su existencia como derechos, relegándolos a la suerte de prestaciones de tipo asistencial. A este resultado, se suma el nexo instituido a la noción de ciudadanía, la cual, [...] no designa la dimensión normativa de los primeros sino su concreta garantía y disfrute¹⁷⁹. Esto implica dos situaciones diversas. Por un lado, determina la exclusión para los no ciudadanos y, por otro, renuncia a su configuración universalista.

Esto avala la necesidad de una superación de los derechos como derechos vinculados a la ciudadanía. Los derechos sociales, como derechos a la igualdad, reclaman una revalorización sincera del Estado social de derecho como punto de partida, que permita, por un lado, un trato nacional en términos de legitimidad para los que no los son y, por otro, estrategias que se acomoden a la lógica universalista que caracteriza a todos los derechos fundamentales para todos.

De momento, mientras la realidad no se corresponda con el ideal de una ciudadanía mundial, el instrumento de presión para que un Estado respete los derechos fundamentales de los ciudadanos de otro Estado es la reciprocidad; al menos, mientras no se garantice de una vez por todas estos derechos en el interior de un Estado, con independencia de que esto se verifique en los otros Estados con relación a sus nacionales. En este sentido, es legítimo que un Estado no garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales a los extranjeros pero, por ello, es igualmente importante

¹⁷⁹ L. FERRAJOLI. *“Derechos y garantías...” cit.*, pp. 108

mantener la posibilidad a una ampliación por la vía de las relaciones internacionales.

Pero continúa abierta la cuestión de si esto se aplica a todos los derechos fundamentales o a parte de ellos, y, en este caso, a cuales. Se trata de un tema complejo, relacionado con la mencionada dificultad de promover una búsqueda del fundamento de los derechos fundamentales.

El partidario de una separación radical entre derecho y moral localizaría la solución de este problema en las manos del poder encargado de determinar lo que es derecho. Los extranjeros tendrían los derechos que expresamente se les reconociera, en la forma dispuesta en las disposiciones del ordenamiento jurídico. Esta posición no se armoniza del todo con el constitucionalismo.

Solamente mediante su abandono se permite defender la existencia de derechos fundamentales para los extranjeros, en igualdad de condiciones con los nacionales, aunque en la determinación de los derechos no esté previsto explícitamente. En este caso se van a identificar los elementos que en los derechos fundamentales justifican su reconocimiento a todos los seres humanos, cualquiera que sea su condición. Una vez identificados, es posible separar un grupo de derechos necesarios a la defensa de la condición humana como fin último del ordenamiento jurídico. Serían derechos sin los cuales los seres humanos serían víctimas de perjuicios a su integridad física o moral, que son inadmisibles en cualquier sociedad. La negativa de estos derechos no puede servir como instrumento para cualquier fin, ni tampoco para forzar a que otros Estados adopten determinados comportamientos en el cumplimiento de los derechos para los que no son sus nacionales. Son derechos innegociables.

La última posición es la que enfrenta la difícil tarea de delimitar cuales son estos derechos fundamentales para los extranjeros, que aun no estando expresamente reconocidos, deben ser garantizados a todos, sean o no nacionales. No es el momento de optar por una u otra corriente, sino tan solo subrayar que según la concepción que acoja el órgano que irá a decidir la

extensión de los derechos fundamentales a los extranjeros será posible aplicar el tenor literal de forma restringida o conferir más amplitud para reconocer derechos, sin que haya expresa mención textual en este sentido.

En este sentido, no hay que olvidar que los derechos fundamentales son válidos como Derecho positivo, y el Derecho “es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres”¹⁸⁰; por ello, nada impide que los derechos fundamentales, como estrategias dirigidas a proteger los intereses que en una sociedad se consideran vitales, puede ser de naturaleza completamente diversa en otra. Del mismo modo, el hecho de que sean derechos positivizados no implica el cierre de sus textos ni a contenidos que no estén previstos expresamente ni a ampliar la protección que dispensan a otros colectivos.

Este punto tiene especial importancia en la presente investigación en lo que se refiere a algunos de los derechos fundamentales relacionados con el trabajo previsto en la Constitución española: el propio derecho al trabajo, la libertad sindical y la huelga.

¹⁸⁰ Cfr. L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías...*” cit., pp. 18

4. La defensa de los derechos fundamentales fuera del marco del Estado Nacional. Constitucionalismo y derechos humanos.

La andadura iniciada con el nacimiento de la ONU proporcionó al ámbito del derecho internacional los dos documentos que transformaron el orden jurídico mundial¹⁸¹: la Carta de la ONU de 26 de junio de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos del hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948. La importancia de estos documentos es insoslayable. El derecho internacional clásico como Derecho entre y para los Estados, es sustituido por un nuevo paradigma que altera el sistema vigente hasta el momento, reconociendo al fin al individuo su condición jurídica como sujeto del Derecho Internacional. Desde ese momento los derechos humanos se proclaman como derechos universales de los hombres, una universalidad vinculada a los titulares a los cuales tales derechos están adscritos, lo que equivale a decir que corresponden a todos los seres humanos con independencia de cualquier otra circunstancia¹⁸². La Declaración inicia su articulado señalando que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”¹⁸³. Sin embargo, en la práctica, “la libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho, sino un ideal a perseguir; no una existencia, sino un valor; no un ser, sino un deber”¹⁸⁴ ser.

En este sentido, la trayectoria seguida en el proceso de universalización de los derechos humanos no ha sido lineal. En sus primeras afirmaciones, los derechos del hombre “son universales respecto al contenido en cuanto que se dirigen a un hombre racional fuera del espacio y del tiempo, pero son

¹⁸¹ L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” pp.144

¹⁸² En este sentido M. ATIENZA. “El sentido del derecho” “La universalidad parecería querer decir que los derechos humanos que se poseen por el simple hecho de ser persona humana, con independencia de las circunstancias históricas, geográficas o de otro tipo que se encuentre un individuo” pp 214. Por su parte Francisco LAPORTA en “Sobre el concepto de derechos humanos” señala que “Mientras que la universalidad puramente lógica admite incluir en el enunciado cualquier circunstancia del caso, condición del sujeto y características del contexto [...] la universalidad que es rasgo propio de los derechos humanos exige precisamente que se haga caso omiso de esas circunstancias, condiciones y contextos porque tales derechos tienen vocación de ser adscritos a todos al margen de ellas” en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 4 (1987) Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes . pp 32

¹⁸³ Art. 1 de la Declaración universal de los derechos humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

¹⁸⁴ Cfr. Norberto BOBBIO. “El tiempo de los derechos” Editorial Sistema, 1991.

extremadamente limitadas respecto a su eficacia, en cuanto que son, en la mejor de las hipótesis, propuestas para un legislador futuro”¹⁸⁵. En el momento en que estos pasan a convertirse en derechos positivos, “la afirmación de los derechos humanos gana concreción pero pierde universalidad”. En esta fase los derechos están protegidos, es decir, son verdaderos derechos positivos, pero sólo en el ámbito del Estado que los reconoce. La Declaración universal de los derechos humanos inicia una tercera fase “en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva”; universal porque se dirige a todos los hombres y positiva porque sienta jurídicamente las bases para que los derechos del ciudadano se transformen al fin en derechos del hombre o en los “derechos del ciudadano de aquella ciudad que no conoce confines, porque comprende a toda la humanidad [...] en cuanto derechos del ciudadano del mundo”. Llegados a este punto y sin restar importancia a los logros alcanzados en el proceso de universalización de los derechos humanos, lo cierto es que este se haya aún inconcluso. La ausencia de garantías institucionales que aseguren su protección hacen que el proceso de reconocimiento de los derechos del hombre en el ámbito internacional, aún hoy, lejos de haber concluido, sea tan solo el sustrato de algo que comienza con la Declaración Universal y que implica “un largo proceso del que no estamos en condiciones de ver todavía la realización final”¹⁸⁶.

Con la Carta de las Naciones Unidas se iniciaba el primer intento de adoptar una “Declaración de los derechos humanos”, propuesta que se vio frustrada por los intereses contrapuestos de las principales potencias. Este desencuentro tuvo como consecuencia la ausencia de una determinación clara sobre que debe entenderse por derechos humanos y sobre la instauración de instrumentos internacionales para su protección. A pesar de ello, “la Carta sienta las bases conceptuales y jurídicas del futuro desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos”¹⁸⁷, afirmando su compromiso con los mismos a lo largo de su articulado.

¹⁸⁵ Cfr. N. BOBBIO. *Op.cit.*, pp.67

¹⁸⁶ Cfr. N. BOBBIO. *Op.cit.*, pp.69

¹⁸⁷ Mireya CASTILLO DAUDI “*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”. , Valencia, 2006. Ed. Tirant lo Blanch. pp. 48. Se pone de manifiesto que los intereses de las grandes

Ante la insuficiencia de la Carta para proteger los derechos humanos, el Consejo Económico y Social de la ONU crea la Comisión de Derechos Humanos¹⁸⁸ con el triple objetivo de adoptar una declaración de los derechos humanos, un pacto de derechos humanos y una serie de medidas que permitieran llevar a cabo los derechos reconocidos en ambos. De nuevo faltó el acuerdo “de los Estados para asumir compromisos jurídicos”. En este estado de cosas, “la Comisión optó por la elaboración de un único instrumento, una declaración universal, que declarara los derechos humanos y las libertades fundamentales, y se propuso para el futuro la elaboración de un instrumento convencional en la materia”¹⁸⁹.

Con la adopción de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 se consagraban a nivel internacional ciertos derechos reconocidos a todos en cuanto personas en una nítida revalorización de la dignidad humana. La Declaración universal de derechos humanos incluye en su texto tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales, económicos y culturales, como expresión de su “indivisibilidad e interdependencia” constante que permanecerá y se reafirmará en otros instrumentos internacionales¹⁹⁰.

Serían necesarias casi dos décadas para que, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966, vieran la luz. El conjunto de estos instrumentos jurídicos integran la llamada “Carta internacional de los derechos humanos”.¹⁹¹

La separación de los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales en los dos Pactos Internacionales de 1966

Potencias victoriosas chocaban en materia de derechos humanos. La Unión Soviética con su policía política, los Estados Unidos con un reconocimiento jurídico de la discriminación racial o Francia y Reino Unido con sus colonias.

¹⁸⁸ Consejo de Derechos Humanos desde el 15 de marzo de 2006, resolución A/RES/60/251 de la Asamblea General de la ONU.

¹⁸⁹ M.CASTILLO DAUDI. *Op. cit.*, pp. 55.

¹⁹⁰ En diversas resoluciones de la ONU y en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993. CASTILLO. *Op. cit.*, pp. 56. En el ámbito regional el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950

¹⁹¹ M.CASTILLO DAUDI. *Op. cit.*, pp. 55.

fue el resultado de una decisión política de los Estados. El intento de crear un único instrumento convencional que, en términos jurídicos, incluyera ambas «generaciones» de derechos tuvo que ser descartado por las dificultades en la determinación de tales derechos y por la complejidad para establecer “un único sistema de control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados”. La separación no fue casual. La forma de atribuir los derechos varía de un pacto a otro. Los derechos civiles y políticos parecen atribuirse directamente al individuo, en tanto que, los económicos, sociales y culturales dependen para su realización “del cumplimiento de las obligaciones positivas asumidas por los Estados Partes”¹⁹².

La separación de estos derechos junto al grado de exigencia que en términos de garantías exigen unos y otros, favorece el consenso en torno al reconocimiento de tutela de los derechos civiles y políticos y el cuestionamiento del resto como auténticos derechos humanos. Sin embargo, no es esa la intención de la Declaración Universal cuando reconoce, junto a los derechos civiles y políticos, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos indispensables para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de toda persona¹⁹³. El grado de dificultad de realización de un derecho no le resta valor al mismo ni admite una tutela diferenciada.

Una valoración de los derechos humanos en estos términos, nos sitúa frente a la primera dificultad que surge en torno a los mismos, la consideración de los derechos humanos como auténticos derechos. La problemática tiene su origen en la idea de que “un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho”¹⁹⁴. Un entendimiento de este tipo termina por identificar los derechos con los correlativos deberes; sin embargo, una defensa de los derechos humanos como auténticos derechos es plausible.

¹⁹² M.CASTILLO DAUDI *A pesar de esto existen disposiciones comunes en ambos Pactos: los derechos colectivos y los derechos de los pueblos*. Pp 60 a 63.

¹⁹³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art 22 “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y en conformidad con la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

¹⁹⁴ Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” *Op.cit.*, pp.59

Los derechos humanos “representan una acuñación específica del concepto moderno de derechos subjetivos”¹⁹⁵. En el lenguaje jurídico la noción de derecho subjetivo hace referencia a las posiciones normativas en las cuales el sujeto se puede encontrar; es decir, el sujeto como titular de “un conjunto de libertades, pretensiones, inmunidades y potestades”¹⁹⁶. Al otro lado de estas posiciones aparecen los deberes que conforman el ámbito de protección de los derechos. Esta aserción puede conducir a “incurrir en el error de confundir tipos de *derechos* con tipos de *protección normativa* que se dispensa a los derechos”¹⁹⁷; sin embargo, la ausencia de la segunda no implica la inexistencia de un derecho. En este estado de cosas, el sujeto titular goza de “unas expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones)” que le son atribuidas por una norma jurídica, distintas de “los deberes correspondientes que constituyen las *garantías*” igualmente atribuidas por normas jurídicas“ ya sean éstas las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquellos” derechos, que actúan como garantías primarias de los mismos o bien en forma de garantías secundarias, en cuyo caso se establece la sanción o se declara la nulidad “de las violaciones de las primeras”¹⁹⁸. En ambos casos, derechos y garantías son establecidos por normas jurídicas y nada impide la existencia de derechos subjetivos para los cuales no se hayan establecido las correspondientes garantías primarias o secundarias. La ausencia de unas u otras no inválida el derecho; tan solo significa que existe una laguna o una antinomia que habrán de ser colmadas o resueltas, según el caso, en el plano normativo. De otro modo, la identificación de los derechos con las garantías terminaría por desacreditar “las dos más importantes conquistas del constitucionalismo [...], la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones teóricas”¹⁹⁹. La ausencia de plenitud normativa que en términos de garantías envuelve a los

¹⁹⁵ Cfr. Jürgen HABERMAS. “*La inclusión del otro*” Estudios de teoría Política. Paidós. Barcelona, 1999. Pp.175

¹⁹⁶ Cfr. Liborio L. HIERRO. “*¿Qué derechos tenemos?*”. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Núm. 23, 2000. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. pp 356

¹⁹⁷ Cfr. Francisco LAPORTA. “*Sobre el concepto de derechos humanos*”. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Núm. 4, 1987. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. pp27

¹⁹⁸ Cfr. L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías...*” *Op.cit.*, pp.59

¹⁹⁹ Cfr. L. FERRAJOLI. “*Derechos y garantías...*” *Op.cit.*, pp.59

derechos humanos no impide que el reconocimiento de éstos constituya la superación del primer escalón en el camino para la consecución de su efectiva implantación y protección, y explica, a su vez, la idea del carácter reivindicativo de los derechos humanos, como “una crítica al Derecho positivo porque no contiene un derecho que debería contener”²⁰⁰.

4.1. Un acercamiento a los derechos humanos

Cuando se habla de derechos humanos existe una tendencia generalizada a hacer alusión a cosas muy diferentes que no contribuyen a una determinación clara de qué debe entenderse por tales derechos. En líneas generales y sin acotar las diferentes referencias de las que pueden ser objeto “los derechos humanos son en ocasiones [...] auténticos derechos jurídicos, otras veces exigencias –derechos- morales y otras suponen un tipo de pretensión que se sitúa a mitad de camino entre el Derecho y moral”. Esto último sucede, “cuando un texto internacional reconoce un derecho [...] sin habilitar ningún mecanismo [...] jurídico para su protección”²⁰¹. Las diferentes percepciones a las que se prestan los derechos humanos hacen que abordar su definición implique recorrer un camino abrupto no exento de dificultades, en el que inevitablemente la aceptación o discrepancia con el resultado final dependerá de la percepción individualizada de aquel que la afronta y de las expectativas esperadas de los mismos. Esta complejidad se ve incrementada cuando además se busca la fundamentación o esencia de aquello que debe ser considerado y, por ello, protegido como un derecho humano. Su fundamentación pasa por el complejo debate sobre la conexión o separación del derecho y la moral, sobre el ser y el deber ser del derecho y, en definitiva, nos sitúa frente a las concepciones de las dos corrientes más relevantes del pensamiento jurídico, el positivismo y el iusnaturalismo, entendidas no necesariamente en sus versiones más extremas. Los diferentes senderos recorridos por los distintos sectores del pensamiento jurídico y filosófico no distan tanto en sus conclusiones como en las formas en que llegan a las

²⁰⁰ Cfr. M. ATIENZA. “*El sentido del...*” *Op.cit.*, pp.209

²⁰¹ M. ATIENZA. “*El sentido del...*” *Op.cit.*, pp.209

mismas. En cualquier caso e independientemente de la vía que se elija, su fundamentación o definición no son tarea sencilla.

Es frecuente hacer alusión a los derechos humanos como aquellos derechos que pertenecen al hombre por su simple condición humana. Desde esta perspectiva, podría pensarse que éste debería ser el único parámetro de atribución y que, al tratarse de una cualidad innata al hombre, debería acompañarle con independencia del espacio y del tiempo. Este tipo de entendimiento estaría en consonancia con la idea de universalidad, inalienabilidad y el carácter absoluto de los derechos humanos tantas veces defendida como atacada.

La universalidad predicada en relación a los mismos conduce a algún sector doctrinal a situar la problemática en el plano del deber ser y a defender la necesidad de descontextualizar los derechos humanos, es decir, a situarlos en relación a un sistema normativo “de un cierto grado de complejidad interna”²⁰², pero con una cierta abstracción del ámbito del sistema jurídico positivo. Desde un posicionamiento de este tipo, la abstracción se presenta como inevitable si se busca ofrecer una definición de los derechos humanos lo más alejada posible de la ambigüedad contextual que suele acompañarlos. La abstracción de los derechos humanos de un sistema jurídico positivo traslada la problemática al ámbito de la ética y a la consideración de los derechos humanos, en este primer estadio, “como «derechos morales» y no como «derechos legales»”²⁰³. Incluso en su consideración como derechos morales, la misma idea de universalidad obligaría a abstraerlos “de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad positiva o que son propuestas por una moralidad crítica” con el fin de “poder adscribir los derechos morales a *todos*”²⁰⁴.

Esta aserción abre un debate complejo en torno a la fundamentación de los derechos humanos que parece exigir adoptar una

²⁰² F. LAPORTA. *Op.cit.*, pp. 31. En este sentido M.ATIENZA “*El sentido del...*” *Op.cit.*, pp 209

²⁰³ En este sentido F. LAPORTA. *Op. cit.*, pp 32,33

²⁰⁴ F. LAPORTA. *Op. cit.*, pp 33

postura sobre si los mismos son derechos morales o legales²⁰⁵; sin embargo, los derechos humanos no tienen por qué ser una u otra cosa, al contrario, ambas esferas constituyen su justo fundamento. En este sentido, nada impide manifestar que los derechos humanos tienen una validez moral y que, junto a esa “validez moral [...], puede añadirse una validez de derecho positivo”²⁰⁶ o, en sentido contrario, que los derechos humanos tienen una validez jurídica a la que puede añadirse una validez moral. Son los derechos humanos los que conforman “los criterios últimos de validez del Derecho”²⁰⁷. Estos, como cualquier otro derecho, recorren un camino previo a lo jurídico. La razón última para que algo que no pertenece al ámbito jurídico termine alcanzando el estatus de derecho positivo responde a la existencia de un consenso generalizado sobre la especial valoración de un bien o estados de cosas que se consideran dignas de protección. La Declaración Universal de Derechos Humanos representa, en este sentido, “la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez”²⁰⁸. El intento de separación de ambas esferas obedece a dos formas de ver el derecho ampliamente superadas. Ya no se trata de derechos naturales frente a derechos positivos sino de una forma de comprender el derecho en su plenitud. En este sentido “lo que le presta la apariencia de derechos morales” a los derechos humanos “no es su contenido y con mayor motivo tampoco su estructura, sino su sentido de validez que trasciende los ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales”²⁰⁹.

Llegados a este punto, se debe concluir que “los derechos humanos no pueden entenderse en términos estrictamente normativos”. Una reducción de los mismos a ese plano desvirtuaría su verdadero sentido. Los derechos humanos “no son sólo el correlato de obligaciones, no derechos, sujeciones e

²⁰⁵ Esta distinción en el mismo sentido que derechos naturales-derechos positivos.

²⁰⁶ Cfr. R.ALEXANDER “¿Derechos humanos sin metafísica?” Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 30, 2007 Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, pp.239. El autor señala que “la fundamentación de los derechos humanos no es otra cosa que un caso especial del problema general de la fundamentación de las normas morales” y esta no es posible sin una metafísica racional y universal.

²⁰⁷ Cfr. M.ATIENZA. “El sentido del...” *Op.cit.*, pp.213

²⁰⁸ Cfr. N.BOBBIO *Op.cit.*, pp. 64

²⁰⁹ Cfr. J. HABERMAS. *Op. cit.*, pp 175

incompetencias, sino que constituyen también valores que se trata de proteger o alcanzar con ellos". Y lo más importante es que "esa unidad de tipo normativo y axiológico funciona además hoy en día como un criterio de reconocimiento o de validez del Derecho"²¹⁰.

En líneas generales, podría decirse que con la Declaración de los derechos humanos de la ONU se alcanza al fin un consenso generalizado sobre qué derechos deben ser reconocidos a todos los hombres. Más allá de los derechos del hombre en abstracto, se perfilan "nuevos derechos de los grupos humanos, de los pueblos y de las naciones"; sin embargo y como se ha mencionado anteriormente, la Declaración es tan solo un punto de partida. En este sentido, se requiere un perfeccionamiento continuo de su contenido, "articulándolo, especificándolo, actualizándolo, de tal modo que no cristalice y se vuelva rígido en fórmulas tanto más solemnes cuanto más vacías"²¹¹. En los últimos años, esta labor ha sido desarrollada por los organismos internacionales y ha visto sus frutos en los diferentes convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. Con esto podría llegar a pensarse que el problema sobre cuales derechos deben ser considerados y protegidos como derechos del hombre queda resuelto pero, en un contexto, en que los derechos humanos continúan siendo violados es una problemática que cada día alcanza mayor significación. A este respecto, algún sector doctrinal defiende que la noción misma de la universalidad que se predica de los mismos obliga a "diseñar los derechos en términos de una gran abstracción" por entender que una delimitación excesiva y minuciosa de los derechos humanos podría conducir a su inaplicación²¹². La justificación se fundamenta "en torno a la idea de que el rasgo de la «universalidad» como algo inherente a la semántica de los derechos humanos, nos obliga a poner atención en aspectos del ser humano no especialmente determinados por circunstancias empíricas o

²¹⁰ Cfr. M. ATIENZA "El sentido del..." *Op. cit.*, pp.212 En el mismo sentido R. ALEX. "Los derechos humanos en cuanto derechos morales no sólo no podrían ser derogados por normas de Derecho positivo, sino que además son la medida (Mafistab) a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivado". En "¿Derechos humanos sin ...", *Op. cit.*, pp.239

²¹¹ Cfr. N. BOBBIO *Op. cit.*, pp.72

²¹² F. LAPORTA. *Op. cit.*, pp.33.

por rasgos contingentes”²¹³; en otras palabras, si los derechos humanos son universales deben entonces ser derechos de tal entidad que correspondan al hombre al margen de cualquier condicionante, incluidos los avatares de la historia. Esto induce a pensar en la conveniencia de un catálogo limitado de derechos humanos²¹⁴ frente a otras corrientes del pensamiento que mantienen la necesidad de su extensión. En este último sentido se defiende que en “aquellos ámbitos donde el catálogo de derechos humanos es más *extenso*” es “allí donde más *intenso* se revela su mecanismo de protección”²¹⁵. Este tipo de afirmación tiene su origen en la ambigüedad conceptual que envuelve a los derechos humanos y en la plena identificación de derechos humanos con derechos fundamentales, ya que “es frecuente utilizar la expresión “derechos fundamentales” o “derechos constitucionales” para referirse a los derechos humanos incorporados a un determinado Derecho positivo, y emplear “derechos humanos” cuando se hace abstracción de esta circunstancia”²¹⁶. La disfunción, universalidad de los derechos y realización efectiva, tiene en parte su origen en esta conexión. Éstos últimos aspiran a la universalización, a ser definidos y aplicados universalmente y a ser protegidos a nivel internacional; sin embargo, algunos derechos fundamentales son producto de decisiones locales que podrían no satisfacer criterios universalistas²¹⁷. Esto es especialmente significativo en relación a los titulares de los derechos fundamentales en un contexto donde continúa vigente el status de ciudadano como parámetro de atribución de los mismos y donde no cabe, por tanto, hablar de universalidad. Desde esta perspectiva, bien, se podría argumentar que “solo los derechos de carácter muy básico son derechos humanos”²¹⁸.

²¹³ F. LAPORTA En “Respuesta a Perez Luño, Atienza y Ruiz Manero” Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Núm. 4, 1987. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Pp 75

²¹⁴ F. LAPORTA “Sobre el concepto de los derechos..” se expresa en estos términos “ *cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como, exigencia y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada a de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente*”pp.23

²¹⁵ Antonio Enrique PEREZ LUÑO. “Concepto y concepción de los derechos humanos. Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta” Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Núm. 4, 1987. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Pp. 61

²¹⁶ M. ATIENZA *Op.cit.*, pp.209

²¹⁷ Gianluigi PALOMBELLA “Derechos Fundamentales. Argumentos para una teoría”. Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho núm. 22, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Alicante, 1999 pp. 527/528

²¹⁸ Cfr. M. ATIENZA “El sentido del...” *Op, cit.*, pp. 210

A pesar de esto, la opción de propugnar una defensa de la extensión de los derechos humanos es plausible. Los derechos humanos son derechos históricos que han ido evolucionando conjuntamente con el ser humano. En definitiva, son el resultado de la lucha por su conquista y la respuesta a una necesidad provocada por la misma humanidad. Nacen con una marcada impronta individualista, como libertades individuales negativas que conforman los llamados derechos de primera generación, los derechos civiles y políticos, que implican una limitación del poder del Estado. Como resultado de las luchas sociales del siglo XIX “dicha matriz ideológica individualista de los derechos humanos sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación [...] que evidenciará la necesidad de completar el catálogo de libertades de la primera generación con una «segunda generación» de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales” que requerirán no ya de una abstención sino de una intervención del Estado. Este proceso supondrá la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho²¹⁹. La nitidez en la delimitación de los derechos de primera y segunda generación no acompaña a los derechos llamados de «tercera generación», que comprende un conjunto heterogéneo de derechos²²⁰, más allá de estos, se habla incluso del nacimiento de nuevas generaciones de derechos que no dejan de ser “expresiones de aspiraciones ideales a las que dar el nombre de «derechos» sirve únicamente para atribuirles un título de nobleza” enmascarando la diferencia existente “entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido”²²¹. En este estado de cosas y sin tratar de argumentar una postura contraria a la extensión de los derechos humanos, dicha extensión no debe desvirtuar la esencia de los derechos humanos, que no es otra, que preservar y garantizar los derechos que afectan a la dignidad humana. En este sentido, no todos los derechos pueden ser derechos humanos, estos “no protegen todas las fuentes y condiciones del bienestar que puedan imaginarse,

²¹⁹ A. E. PEREZ LUÑO. *Op.cit.*, pp. 55

²²⁰ Dentro de esta categorización podemos encontrar derechos tales como, el derecho a la autodeterminación, derechos del medio ambiente, el uso de los avances de las ciencias y la tecnología, entre otros.

²²¹ N. BOBBIO *Op. cit.*, pp 22. El autor señala que “«Derecho» es una figura deóntica [...] que tiene por correlativo la figura de la obligación” y, por tanto “no existe derecho sin obligación y viceversa”. pp.124,125

sino sólo intereses y necesidades fundamentales”²²². Es cierto que dependiendo del plano en el que estemos situamos, el grado de exigencia respecto a los derechos varía. En la práctica se da la antinomia de que allí donde hay menos derechos garantizados menor es el grado de exigencia y mayor la necesidad de protección y allí donde más derechos se tienen, mayor es la exigencia y menor la necesidad. Por ello, es importante que aunque la evolución de la humanidad genere constantemente nuevas necesidades que satisfacer, no todas ellas pueden ser llevadas al ámbito de los derechos humanos; al menos no, hasta que los derechos humanos más básicos sean reconocidos a todos. Esto no es óbice para llevar su defensa a un plano distinto y, al mismo tiempo, jurídico, de la misma forma que tampoco impide que ambos procesos caminen en paralelo.

4.2. A modo de conclusión

Hoy en día no es posible hablar del futuro de los derechos humanos “abstrayéndolo de los dos grandes problemas de nuestro tiempo, [...] el exceso de potencia que ha creado las condiciones para una guerra exterminadora y el exceso de impotencia que condena a grandes masas humanas al hambre”²²³. En este estado de cosas, “no se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos”; lo verdaderamente importante, es determinar “cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”²²⁴. El siguiente paso en la lucha por la libertad y la igualdad de todos los seres humanos a escala universal, solo llegara colmando la ausencia de las necesarias garantías, a través de la creación de los mecanismos institucionales que aseguren su efectividad y sancionen las violaciones de los mismos.

En la práctica, no existe a priori ningún impedimento para una defensa de la efectividad y justiciabilidad de los derechos humanos porque su realización técnica es plausible. Al final, “los derechos no pueden ser más que

²²² Cfr. R. ALEXY “¿Derechos humanos sin ...” *Op.cit.*, pp.239

²²³ Cfr. N. BOBBIO. *Op.cit.*, pp.82

²²⁴ Cfr. N. BOBBIO. *Op.cit.*, pp.64

lo que los distintos ordenamientos establecen en cada lugar y en cada época”²²⁵, de la misma forma que las garantías de los mismos no pueden ser otras que aquellas que se instauren para su salvaguardia. Un entendimiento en sentido contrario no sería más que la expresión de “una suerte de falacia naturalista o, quizá mejor, determinista”, según la cual los derechos “son como son porque no podrían ser de otro modo”²²⁶. Es cierto que la dificultad en términos de efectividad oscila de unos derechos a otros. Los derechos de contenido social implican costes elevados en términos económicos y no encuentran en el plano positivo su equivalente en forma de garantías sociales similares a las garantías liberales de las que gozan los derechos de libertad, distancia entre derecho y garantía que se ve incrementada en el caso de los derechos humanos, caracterizados estos últimos por su casi ineffectividad²²⁷; pero una cosa es afirmar la falta de plenitud o inexistencia de algo y otra muy distinta, la imposibilidad técnica de completar o colmar ese vacío. Se trata en realidad de un problema de realización política que debe encontrar su correlato en el ámbito jurídico y viceversa. Frente a los derechos humanos encontramos, por tanto, que “el problema que se nos presenta [...] no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político”²²⁸.

El hecho de que el Estado social se haya desarrollado “sin ningún proyecto garantista”²²⁹ genera un vacío que ha permitido un amplio margen de discrecionalidad de los poderes públicos. Estos, lejos de caminar en la progresiva consecución de las garantías necesarias para la realización de los derechos sociales como derechos plenos, han propiciado un contexto en el que la perdurabilidad del Estado Social de derecho se encuentra desde hace tiempo en tela de juicio. La lógica de mercado prima sobre la protección de los derechos, contribuyendo a una progresiva devaluación del carácter jurídico de los mismos. Este estado de cosas no es irreversible, solo indica que debe darse un cambio de dirección. La necesidad de invertir el rumbo no solo afecta a los derechos de contenido social; más allá de ellos, los derechos humanos

²²⁵ Cfr. L. FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” *Op. cit.*, pp.98

²²⁶ Cfr. L.FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” *Op. cit.*, pp. 17

²²⁷ L.FERRAJOLI. “Derechos y garantías...” *Op. cit.*, pp. 63,64

²²⁸ Cfr. N. BOBBIO. *Op.cit.*, pp.64

²²⁹ Cfr. L.FERRAJOLI “Derechos y garantías...” *Op. cit.*, pp 110

más básicos siguen siendo ignorados en una gran parte del planeta. Y es que la crisis que asola el mundo ha terminado por poner en tela de juicio no solo la continuidad del Estado Social de derecho, sino nuestro entero modo de vida.

La Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos de Derechos proporcionaron el marco jurídico adecuado para un cambio global. No en vano, la Carta de las ONU habla de la necesidad de preservar a las generaciones futuras de las consecuencias que las guerras infringen a la Humanidad y de reafirmar los derechos del hombre y la igualdad de todas las naciones a través del progreso económico y social de todos los pueblos²³⁰. Gracias a estos instrumentos, la soberanía externa de los Estados “deja de ser una libertad absoluta [...] y queda subordinada, jurídicamente a dos normas fundamentales; el imperativo de la paz y la tutela de los derechos fundamentales”²³¹. Por primera vez, puede hablarse de un orden jurídico mundial que altera tanto el modelo de derecho internacional como el estatal. A pesar de esto, la idea de soberanía que había sido contrarrestada en el ámbito estatal con el desarrollo del Estado constitucional de derecho, continúa presente en el ámbito internacional. A estos efectos, la Carta determina el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros y la prohibición de intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados²³². En la práctica, tal igualdad no existe, pues al otro lado de la “ley del más fuerte” encontramos “soberanías limitadas, disminuidas, dependientes, endeudadas, diferentes”²³³. Del mismo modo, el principio de no injerencia, en ausencia de las debidas garantías, facilita que no se respete aquello que queda jurídicamente sustraído del ámbito de la jurisdicción interna de los Estados, el respeto a los derechos humanos. Prueba de ello, es que en la actualidad “la organización mundial reúne de hecho a casi *todos* los Estados bajo su techo, independientemente [...] de que respeten o no los derechos humanos [...] en una “abstracción no solo de las diferencias de legitimidad de sus miembros en

²³⁰ Preámbulo de la Carta de la ONU

²³¹ Cfr. L.FERRAJOLI “*Derechos y garantías...*” *Op. cit.*, pp 144

²³² Artículo 2.1 de la Carta de Naciones Unidas y Artículo 2. 7 de la Carta de Naciones Unidas

²³³ Cfr. L.FERRAJOLI “*Derechos y garantías...*” *Op. cit.*, pp 148

el interior de la comunidad de *Estados*, sino también de sus diferencias de status en el interior de la sociedad mundial”²³⁴.

La realidad nos muestra así que “en el mundo hay Estados de Derecho y Estados que no son de Derecho”²³⁵. En estos últimos, el desprecio de los derechos del hombre dentro del Estado, camina al mismo paso que el escaso respeto a la autoridad internacional²³⁶; pero, incluso en los primeros, en los que los derechos humanos gozan de mayor protección, cabe preguntarse sobre los derechos humanos de quien. “Y la respuesta [...] no puede ser más que una: los derechos humanos «de sus propios ciudadanos»”²³⁷. No deja de ser paradójico que, precisamente, son estos Estados de Derecho los que propugnan la universalidad de los derechos del hombre pero, al mismo tiempo, la confinan a sus fronteras y no tienen mayor problema en ampliarla a su conveniencia, como enseña la experiencia europea. La ciudadanía se convierte así en un parámetro de exclusión, en la condición que determina el disfrute o la negación de los derechos que son del hombre. La solución no pasa tanto por la apertura de las fronteras privilegiadas como por el hecho de que “la realización de una mayor protección de los derechos del hombre se conecta con el desarrollo global de la civilización humana”²³⁸ y esto, en un mundo globalizado, solo puede ser abordado en el ámbito internacional.

El fenómeno de la globalización ha afectado en mayor o menor grado a todas las esferas que anteriormente eran patrimonio exclusivo de los Estados. Hacia fuera, los procesos de integración supranacionales o la adhesión a diferentes organismos internacionales han ido restando fuerza y sentido a la idea de soberanía. Hacia dentro y hacia fuera, el mismo fenómeno global ha favorecido el surgimiento de una revaloración de las identidades étnicas en forma de conflictos en el interior de los Estados que favorecen, al mismo tiempo y en sentido contrario, procesos de unificación más allá de las fronteras de estos. En este contexto, no ha de extrañar que habiendo desoído todo

²³⁴ Cfr. J. HABERMAS. *Op. cit.*, pp. 167, 168

²³⁵ Cfr. N. BOBBIO. *Op.cit.*, pp.78

²³⁶ N. BOBBIO. *Op.cit.*, pp.76

²³⁷ F. LAPORTA. “*Respuesta a...*” *Op. cit.*, pp77

²³⁸ Cfr. N. BOBBIO. *Op. cit.*, pp. 82

aquello que hace más de medio siglo ya se dejaba entrever en la Carta de las Naciones Unidas, el resultado sea una “sociedad global «estratificada»” que combina “productividad progresiva con depauperación creciente y, en general, procesos de desarrollo con otros de subdesarrollo”²³⁹. Desde la perspectiva de los más fuertes puede parecer un problema ajeno; pero lo cierto es que esta asimetría que rige el mundo se ha ido introduciendo igualmente dentro de las fronteras de aquellos que se sentían a salvo de las transformaciones de una globalización sin Derecho. En este estado de cosas, urge una inversión del rumbo, que hoy solo es plausible traspasando los confines estatales.

Es cierto que la globalización como fenómeno “escinde al mundo”; pero es igualmente cierto que “a la vez lo compele en cuanto comunidad de riesgo a actuar de manera cooperativa”²⁴⁰. A este respecto, la ONU representa el marco idóneo. Su organización reúne a casi todos los Estados y posee los instrumentos jurídicos que, a falta de establecer las garantías necesarias para su aseguramiento, sientan las bases para un constitucionalismo mundial²⁴¹. Para ello, es necesario tomar en serio el derecho internacional²⁴² aceptando al fin que sus principios son vinculantes y esto no será posible sin una jurisdicción internacional capaz de actuar no solo entre Estados sino también frente a ellos.

Llegados a este punto es necesario tomar conciencia de la realidad en la que nos hallamos inmersos. La asimetría entre países ricos y países pobres cada día es mayor. Para estos últimos los derechos humanos más básicos son prácticamente imperceptibles o inexistentes y el problema no es la escasez de recursos sino la distribución desigualitaria de los mismos. Esto no es nuevo como tampoco lo es la actitud de pasividad de los países ricos frente a este problema. Estos lavan su conciencia aferrándose a un principio de no injerencia que les permite mirar a otro lado; mientras tanto, los derechos humanos siguen siendo violados cada día. En este estado de cosas, la defensa de la soberanía no tiene más cabida al igual que su objeto, ese “Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función deben ser revisadas a la luz

²³⁹ Cfr. J. HABERMAS. *Op. cit.*, pp. 167, 168

²⁴⁰ Cfr. J. HABERMAS. *Op. cit.*, pp. 167, 168

²⁴¹ En este sentido L.FERRAJOLI “*Derechos y garantías...*” *Op. cit.*, pp 125,158

²⁴² L.FERRAJOLI “*Derechos y garantías...*” *Op. cit.*, pp. 148

de sus actuales transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones internacionales”²⁴³.

En definitiva se trata de un problema de realización política que ha de encontrar las estrategias para reconstruir el presente y diseñar un futuro donde los propósitos de la Carta dejen de ser tales para convertirse en realidad; en un contexto que no olvide que hablar de derechos humanos es hoy, más que nunca, hablar de justicia. Son ellos los que marcan “los límites dentro de los cuales puede” y debe “moverse la reflexión ética y política”²⁴⁴ de nuestro tiempo y de los venideros. No cabe duda de que el camino por recorrer es largo y, aunque iniciado a través de aquel conjunto de instrumentos que conforman la Carta internacional de los derechos humanos, a día de hoy continúa siendo incierto.

²⁴³ L.FERRAJOLI “Derechos y garantías...” *Op. cit.*, pp. 148

²⁴⁴ Cfr. M. ATIENZA. “El sentido del...” *Op. cit.*, pp. 207

CAPÍTULO II

LA ORDENACION LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS.

1. Los derechos fundamentales y la constitución española.

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. Esta fórmula, consagrada en el art. 1.1, ubicado en el Título Preliminar de la Constitución, nos da cuenta de la evolución del constitucionalismo en nuestro país. Estado de derecho y derechos fundamentales aparecen como dos valores interdependientes. Los derechos fundamentales actúan como presupuestos legitimadores del Estado de Derecho, mientras éste se configura como el marco garantista para la realización de los mismos.

Prueba de esta interdependencia se encuentra en su desarrollo paralelo. Las transformaciones acontecidas en el Estado de Derecho inevitablemente han conducido a la ampliación del contenido y del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales. Su significación se dinamiza, traduciéndose en una extensión de su funcionalidad en el constitucionalismo contemporáneo.

Este dinamismo también se materializa, aunque de forma más débil, en relación a la titularidad de los derechos. Precisamente “uno de los rasgos característicos de los derechos fundamentales radica en el proceso de expansión progresiva de sus sujetos titulares, hasta romper la mayor parte de las barreras o círculos de exclusión existentes”²⁴⁵. Este punto será decisivo

²⁴⁵ Cfr. Gregorio PECES BARBA. “Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho”, en Muguerza, J., y otros. El fundamento de los derechos humanos. Debate, Madrid, 1989, pp. 134 y ss, *apud*, José Luis MONEREO PEREZ y Cristóbal

para contrastar la actual configuración de los derechos fundamentales y el porqué de las distinciones establecidas en su disfrute en atención a sus titulares.

Al margen de esta circunstancia, a través de los derechos fundamentales se determina la sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Los poderes públicos tienen la obligación de remover los obstáculos que impidan o dificulten la realización de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que alcanzan su máxima expresión a través de los derechos fundamentales.

Del mismo modo, deben facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Esto implica la superación del clásico entendimiento de los derechos fundamentales como garantías negativas de los individuos frente al poder del Estado. La Constitución garantiza los derechos fundamentales a través de un sistema de mecanismos dirigidos a su tutela, que, al mismo tiempo, presupone una actuación positiva de los poderes públicos en los términos enunciados.

De esta forma, los derechos fundamentales se configuran en la dimensión subjetiva como garantías de la libertad individual en su doble vertiente. A su esfera protegida de no intromisión de los poderes públicos, como máxima expresión de las garantías negativas de los intereses individuales que suponen, se suma la exigencia de prestaciones positivas por parte de los mismos. En este sentido el Tribunal Constitucional manifiesta que “los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste.”²⁴⁶

Esta limitación a los poderes públicos implica un segundo aspecto de la funcionalidad de los derechos fundamentales en un plano objetivo. En este sentido, se consagran en la normativa constitucional como el conjunto de

MOLINA NAVARRETE. *Comentario a la Constitución socio-económica de España. Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes*. Comares, Granada, 2002, *Op.cit.* pp.211

²⁴⁶ STC 53/1985 de 18.05.1985 BOE n.119

valores básicos que han de informar el sistema jurídico y político en su conjunto. La posición del Alto Tribunal a este respecto es clara. Reafirma el doble carácter de los derechos fundamentales como derechos subjetivos y al mismo tiempo como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo referido a la comunidad nacional, “plasmada históricamente en el Estado de Derecho, y más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución”.²⁴⁷

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales se consagra constitucionalmente dando apertura en su Título I a los derechos y deberes fundamentales. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (art.10.1 CE).

Los derechos fundamentales conectan así con un “sistema de valores y principios de alcance universal”²⁴⁸ que presiden todo el ordenamiento jurídico. De la preservación y perfeccionamiento de los derechos fundamentales dependerá que esos valores y principios sean reales y efectivos. En este aspecto, “las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado [...], son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad”²⁴⁹.

En líneas generales la Constitución no responde a un sistema de positivización único que permita delimitar sin mayor problema el conjunto de los derechos fundamentales. Como valores superiores del orden jurídico-político constitucional, el artículo 1.1 consagra la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Por otro lado, se constata una serie de principios constitucionales que conforman el marco político, económico y social donde van a ser ejercidos los derechos fundamentales. Estos últimos se positivizan conforme a un sistema mixto. En algunos supuestos se hace remisión a su

²⁴⁷ STC 25/1981 de 14.07.1981 BOE n.193

²⁴⁸ STC 21/1981 de 15.06.1981 BOE n.161

²⁴⁹ Cfr. Antonio E. PÉREZ LUÑO. “*Los derechos fundamentales*”. *Temas claves de la Constitución española*. Madrid, 7ª edic. Tecnos, 1998, pp.19

posterior desarrollo orgánico para la delimitación de su contenido y alcance y, en otros, adquieren su propia entidad del texto normativo.

En su Título Primero, bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”, se aglomera un complejo difuso de derechos. El Tribunal constitucional hasta el día de hoy adopta una posición restrictiva al respecto, acotando el reconocimiento de fundamentales a los derechos comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del mencionado Título, con inclusión del artículo 14 y con la dispensa del recurso de amparo para la objeción de conciencia del artículo 30. La jurisprudencia del Tribunal constitucional reconoce que hay derechos en el título I que no son fundamentales, sino constitucionales.²⁵⁰

De esta forma quedarían excluidos de ser calificados como derechos fundamentales, tanto los de la Sección Segunda del Capítulo Segundo, siendo estos designados como derechos constitucionales, así como los derechos sociales del Capítulo Tercero. Todo ello es objeto de una fuerte crítica por parte de la doctrina.

Sin embargo, la diferenciación operada por la jurisprudencia constitucional entre los derechos que integran el Capítulo II no siempre ha sido estrictamente observada por esa jurisprudencia, cuando con la expresión “derechos fundamentales retrata un ámbito más amplio que los derechos de la Sección primera del Capítulo II del Título I”²⁵¹

La estructura compleja de derechos perfilada en la Constitución tiene una parte importante de su justificación si se toman en consideración las circunstancias socio-económicas y políticas en que se forjó. La búsqueda de un consenso generalizado durante el proceso constituyente, con el fin de evitar orientaciones sectoriales o partidistas, tuvo dos efectos fundamentales. De un lado, lograr el mayor reconocimiento posible de derechos y libertades. De otro, y fruto de lo anterior, la ambigüedad en unos casos, la inconcreción en otros,

²⁵⁰ STC 53/1985 de 11.04.1985 BOE n.119

²⁵¹ Cfr. Teresa FREIXES SANJUAN. *Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*. Barcelona, PPY, 1992, pp. 92

del contenido y extensión de los mismos. Como resultado final se constata un reconocimiento amplio de derechos fundamentales en una elaboración sistemática de acusado grado de complejidad.

Por todo ello la interpretación del Tribunal Constitucional ha sido decisiva a la hora de conformar el sistema de los derechos fundamentales, aunque su entendimiento no coincida siempre con algunos sectores de la doctrina. En este contexto, singular problema plantea la figura de la garantía institucional. De origen germánico, se introduce en nuestro ordenamiento por vía doctrinal, centrándose la problemática para los efectos que al tema interesa en torno a su conexión o colisión con los derechos fundamentales. La dimensión objetiva propia de éstos no ha sido siempre claramente definida por el Tribunal Constitucional con relación a las garantías institucionales.

La doctrina de la garantía institucional, perteneciente al ámbito de interpretación constitucional, aparece referida a la pretensión de dotar de una protección cualificada a determinadas instituciones, frente al poder del legislador.

En este sentido y muy tempranamente el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la existencia de “un núcleo o reducto indisponible” para el legislador en ciertas instituciones del ordenamiento jurídico y político. Entendiendo que de esta forma “la garantía institucional no asegura un contenido concreto (...) fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar²⁵²”. Una intromisión en esa esfera protegida como núcleo esencial implicaría el desconocimiento de la garantía y la desfiguración de la institución tal y como es concebida.

De esta forma se da entrada en la normativa constitucional a una serie de instituciones de las cuales se puede deducir una finalidad protectora. La protección dispensada despliega sus efectos principalmente frente al legislador estableciendo la limitación del núcleo o contenido esencial, como

²⁵² STC 32/1981 de 28.07.1981 BOE n.193

reducto indisponible y con una dimensión temporal que no impide la evolución de la institución como reflejo de la imagen que en cada tiempo y lugar se tiene de la misma.

La doble dimensión de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos pero al mismo tiempo como elementos esenciales del ordenamiento jurídico en su vertiente objetiva, puede provocar una colisión frontal entre garantía institucional y derecho fundamental. Si bien de la jurisprudencia constitucional puede inferirse la circunscripción de los derechos fundamentales a los comprendidos en los artículos 14 a 29 con inclusión del artículo 30 como susceptible de recurso de amparo, también es verdad que existen discrepancias sobre la consideración de que en todos los enunciados de los referidos artículos se contengan derechos subjetivos.

Privar a un derecho fundamental de su dimensión subjetiva implica, entre otras cosas, la negación de la protección del recurso de amparo. Aplicada la garantía institucional al ámbito de los derechos fundamentales, anulando su dimensión subjetiva, conduce a restar valor al contenido y eficacia de los mismos.

Por ello, en un primer momento la garantía institucional aparece como una contraposición a derecho fundamental, creando un efecto de rebaja en la eficacia del derecho. Algún sector doctrinal entiende que la colisión entre ambas figuras gira en torno al carácter prejurídico de los derechos fundamentales, mientras que la garantía institucional aparece en la constitución con remisión a un régimen jurídico extraconstitucional configurado principalmente por el legislador²⁵³. Esto obedecería a la idea de que el núcleo esencial o reducto indisponible es más rígido en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales.

²⁵³ En este sentido, Juan José SOLOZABAL ECHAVARRÍA señala que el derecho fundamental es esencialmente prejurídico, pues su modelo es la situación de libertad preestatal, natural, mientras que la garantía se encuentra solo *in nuce* recogida en la Constitución. En *Garantías institucionales*. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales. Tomo III. Civitas, Madrid, 2001, pp.110

Sin embargo, la situación se invierte cediendo la colisión entre ambas figuras a un estado de conexión. La configuración doctrinal de la garantía institucional como presupuesto de la exigencia de determinados límites a la capacidad configuradora del legislador se traslada al ámbito de los derechos fundamentales en forma de respeto al contenido esencial.

Los problemas de delimitación e imprecisión entre garantía institucional y derecho fundamental fueron objeto de examen por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la conceptualización de la autonomía universitaria del artículo 27.10 de la Constitución, como derecho fundamental o como garantía institucional.²⁵⁴ El Tribunal entiende que no se trata de categorías jurídicas incompatibles o excluyentes, ya que una gran parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución constituyen también garantías institucionales, aunque no toda garantía institucional esté configurada como derecho fundamental.

Finalmente la sentencia recurre al presupuesto de ubicación del derecho dentro de los de la sección primera como motivo principal para argumentar su configuración como derecho fundamental, cuando al mismo tiempo reconoce que no todo lo regulado en los artículos 14 a 29 constituye derechos fundamentales.

Se trata de una sentencia controvertida, como demuestran los votos particulares de que fue objeto. Si bien el Tribunal se reafirma en su conceptualización de la garantía institucional, no ofrece elementos definitorios. En los votos particulares se pone de manifiesto como los derechos fundamentales suponen siempre garantías institucionales, aunque esto no suponga que las agoten. En otros términos, la protección procesal que se dispensa a unas u otras disposiciones jurídicas no implica que por ello tengan que mudar su naturaleza; por esta razón, una garantía institucional no deja de serlo por el simple hecho de estar protegida por el recurso de amparo.

²⁵⁴ STC 26/1987 de 27.02.1987 BOE n.71

Esta interpretación parece más acorde con la doble garantía del artículo 53.1 de la Constitución. La garantía formal de reserva de ley junto a la material de límite del contenido esencial vincula a los poderes públicos en relación a todos y cada uno de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I.

La doctrina de las garantías institucionales ha supuesto un avance en la evolución de los derechos fundamentales. La garantía institucional implica por su propia naturaleza la preservación de un núcleo que de esta forma queda sustraído a la disponibilidad del legislador. En este sentido “se subraya la dimensión institucional de los derechos fundamentales y la necesidad de los mismos de organización y complementamiento normativo, así como su obligada comprensión como realidades políticas y de vigencia social efectiva”²⁵⁵.

La comprensión institucional de los derechos fundamentales, si bien evidencia un avance en la teoría de los derechos fundamentales, adolece de la falta clara de precisión en los límites de intervención del legislador. En la práctica, lo que se protege como derecho fundamental no es sustancialmente distinto de lo protegido como garantía institucional. Se trata de impedir intromisiones en el núcleo duro que puedan desvirtuar la auténtica naturaleza de lo que se pretende salvaguardar. Y esto a pesar de que no toda garantía institucional presupone un derecho fundamental. Sin embargo, en estos casos la función constitutiva o configuradora del legislador será más amplia.

Se genera en cierto modo una situación de confusión al identificar el contenido esencial de los derechos fundamentales con la configuración institucional de los derechos. Dificultad que se ve acrecentada por una falta clara de conceptualización de la garantía institucional y de los derechos configurados como instituciones jurídicas²⁵⁶.

²⁵⁵ Cfr. J.J SOLOZABAL ECHEVARRIA. *Op.cit.*, pp.111

²⁵⁶ En este sentido, Teresa FREIXES SANJUÁN, *Contenido esencial de los derechos fundamentales*. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales. Tomo III. Civitas, Madrid, 2001, pp.131

El fin perseguido es claro: limitar al legislador cuando entre a regular los derechos y libertades fundamentales. Si bien la Constitución, en su artículo 53, establece la reserva material de respeto al contenido esencial de los derechos, no ofrece una definición en todo el texto normativo de que debe entenderse por ese contenido. Serán la doctrina y la jurisprudencia en su labor interpretativa quienes vayan configurando el concepto de contenido esencial.

La idea que subyace concuerda con el fin perseguido. Se configura en una doble vertiente como límite al legislador y como garantía del derecho. En este sentido, es indiferente la forma de constatación constitucional del derecho. Si el contenido esencial aparece predeterminado como si precisa ser deducido, se presupone en ambos casos la interdicción al poder legislativo de inferir sobre el contenido esencial del derecho.

La concepción institucional de los derechos presupone conceptuar a los mismos como instituciones jurídicas objetivas y como derechos subjetivos. Desde esta perspectiva, “los derechos que la Constitución reconoce constituyen instituciones jurídicas constitucionales protegidas, con un contenido propio, que no pueden ser desnaturalizadas ni por la legislación que regule su ejercicio, ni con la imposición de límites que las conviertan en impracticables”²⁵⁷.

La articulación de esta doble limitación ha sido interpretada por algún sector doctrinal²⁵⁸ a través de una concepción absoluta de los derechos fundamentales. Este entendimiento prescinde de la necesidad de la reserva de ley para el desarrollo de los derechos fundamentales, por entender que del propio contenido del derecho delimitado originariamente en la Constitución se pueden inferir los límites. En este sentido se estaría en presencia de *límites intrínsecos* sin necesidad de acudir a *límites externos* para delimitar la función legisladora o para establecer los límites del ejercicio de los derechos fundamentales. En la práctica esto es insuficiente si se piensa simplemente en

²⁵⁷ Cfr. T. FREIXES SANJUÁN. *Contenido esencial de los derechos... cit.*, pp.130

²⁵⁸ Ampliamente sobre este tema, Ignacio DE OTTO PARDO. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. *La garantía de su contenido esencial del art. 53.1 de la Constitución*. En MARTÍN-RETORTILLO, L-DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

el alto grado de indeterminación de algunos derechos lo que conduce a posiciones relativistas al respecto.

No obstante, se adopte bien una posición restrictiva bien una absoluta del concepto, el fin es el mismo: la determinación del contenido esencial como límite al legislador. La línea interpretativa seguida por el Tribunal Constitucional apunta en esta dirección. Los derechos son configurados como instituciones jurídicas dotadas de una doble naturaleza, objetiva y subjetiva, lo que le permite distinguir entre un contenido esencial indisponible y un contenido adicional sobre el que existe un margen más amplio de acción para el legislador²⁵⁹.

La definición que el tribunal ofrece de contenido esencial propone dos caminos complementarios como instrumentos para su determinación. Utiliza criterios de la teoría absoluta en la configuración del concepto, entendido éste como predeterminado en abstracto y de forma estable. De esta forma el contenido esencial de un derecho vendría constituido por “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo descrito. Esta situación se proyecta al momento histórico que en cada caso se trate [...]”²⁶⁰

La referencia temporal relativiza en cierto modo el ideal de contenido esencial como reducto indisponible para el poder legislativo, posibilitando transformaciones en el tiempo. Esta situación, que podría suponer una quiebra de la propia esencialidad de los derechos, sin embargo es interpretada como fruto de nuevas exigencias de adaptabilidad, en términos expansivos.

En este sentido no todo el contenido de un derecho tiene carácter esencial y la determinación de la extensión de la esencialidad de un derecho no siempre aparece claramente deslindada por la jurisprudencia constitucional del contenido total del mismo. La configuración del contenido esencial como «límite de los límites» implica una primera diferenciación con el contenido total del derecho, siendo aquél una parte de éste.

²⁵⁹ STC 11/1981 de 8.04.1981 BOE n.99

²⁶⁰ STC 11/1981 de 8.04.1981 BOE n.99

Pero esta diferenciación no es siempre operada por el Tribunal Constitucional en términos estrictos. La tendencia general parece dirigida a la extensión de lo protegido como núcleo duro, como conjunto de facultades pertenecientes al tipo descrito²⁶¹. Esta situación favorece la protección dispensada a los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pero al mismo tiempo implica la posibilidad de injerencia del legislador en el núcleo esencial.

La situación se suaviza con la segunda vía articulada por el Tribunal Constitucional que, como limitación negativa al legislador, configura la esencialidad del derecho con implicación de todos los intereses jurídicamente protegidos. De esta forma se desconoce el contenido esencial de un derecho cuando las limitaciones impuestas al mismo lo convierten en impracticable, se dificulta su desarrollo más allá de lo razonable o se le despoja de la protección necesaria.²⁶²

La ausencia de delimitación entre el contenido esencial de un derecho y su posible contenido adicional, del mismo modo que puede provocar injerencias del legislador en el contenido esencial, puede también producir el efecto inverso. La ampliación de los contenidos de un derecho fundamental puede dispensar a ese contenido añadido el mismo tratamiento constitucional que le es aplicable al contenido esencial de ese mismo derecho, limitando la disponibilidad del legislador en la ordenación del contenido añadido. Al proceder así, el Tribunal se transforma de legislador negativo en legislador positivo²⁶³.

La situación expresada en las dos vertientes de posibles intromisiones en un sentido u otro, demandan una concreción exhaustiva no solo del contenido esencial de cada derecho sino también de los intereses

²⁶¹ Así sucede con la STC 185/1990: “*el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción*” o la STC 98/1985, en la que se incluye la negociación colectiva dentro del contenido esencial de la libertad sindical, o la legitimación sindical para el planteamiento de conflictos colectivos en la STC 210/1994....

²⁶² STC 11/1981 de 8.04.1981 BOE n.99

²⁶³ Voto particular que formula el Magistrado Don Vicente Conde Martín de Hijas en la STC 95/2003 de 22.05.2003

inherentes al mismo que se entiendan jurídicamente protegidos como parte integrante del reducto indisponible, delineándose de esta forma el contenido del derecho adicional.

En líneas generales, del carácter normativo de la Constitución se desprende una limitación genérica a los poderes públicos de inferir en sus regulaciones de forma que se provoque la desnaturalización de cualquiera de sus preceptos. En este sentido, podría llegar a pensarse que la referencia al contenido esencial se hace de forma innecesaria. El carácter normativo conferido a los derechos fundamentales sería presupuesto suficiente para dotarlos del ámbito de protección que la Constitución otorga a todos sus preceptos.

Sin embargo, parece que se ha querido dotar de una protección reforzada a los derechos fundamentales, siendo la línea seguida por el Tribunal Constitucional la de limitar el contenido esencial a los derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I. La cláusula de salvaguardia que el artículo 53.1 de la Constitución otorga a los derechos fundamentales también los configura como derechos vinculantes y de eficacia directa. En este sentido, se establece la facultad de desarrollo legislativo de los derechos pero no es imprescindible que exista una ley para que puedan ser ejercitados.

Esto no implica, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, que el resto de los contenidos constitucionales queden a la libre disposición del legislador. El artículo 9.1 del texto constitucional establece la vinculación genérica de los poderes públicos y de los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Los derechos fundamentales de los extranjeros. El art.13 CE como marco de atribución.

La compleja estructura de la Constitución, en cuanto a la configuración de los derechos fundamentales, alcanza a la titularidad de los mismos. El texto constitucional no ofrece de forma clara y concisa criterios incontrovertibles para la determinación de los posibles titulares de los derechos fundamentales. La Constitución abre su Título I con los derechos y deberes

fundamentales, para comenzar su Capítulo I con el encabezamiento “de los españoles y los extranjeros”, lo cual, como se verá, no implica en principio un reconocimiento en términos de igualdad.

El régimen de atribución de derechos que en el art.13 de la CE se realiza a favor de los extranjeros no deja de generar inquietud, máxime en un contexto como el actual, en el que el tema ha pasado a ocupar uno de los puntos centrales del debate político por su incidencia en la esfera jurídica, económica y social.

La remisión que en el apartado primero del art. 13 se hace a los Tratados y a la ley ha supuesto un campo de abono para las más diversas interpretaciones y posturas doctrinales, no siempre concordantes. Esta situación genera un ambiente de inseguridad jurídica. El Tribunal constitucional se ha manifestado al respecto, estableciendo que “la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos”.²⁶⁴

La regulación de los derechos fundamentales, tanto en cuanto a su contenido como en lo que se refiere a la titularidad de los mismos, no ha sido ajena a los fenómenos de vaguedad y ambigüedad propios del lenguaje natural. La constatación de algunos derechos como meros postulados genéricos sin explicitar exhaustivamente su contenido confiere un amplio margen de intervención al poder legislativo.

Esta situación se acentúa cuando se trata de determinar cuál es el contenido y extensión de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos a los extranjeros. La indeterminación en estos términos genera un amplio margen para diferentes interpretaciones, aunque no ilimitadas. La primera limitación se articula a través del desarrollo legislativo. La segunda, como límite a la primera, a través del Tribunal Constitucional, garantizando su concordancia con la Constitución.

²⁶⁴ STC 19/1983 de 14.03.1983. BOE n.87

Esta vaguedad intencional, unida a la remisión a utilizar como criterio de distinción la literalidad propia de los términos como forma de atribución de los derechos, conduce a resultados de indeterminación en clave de extensión. De esta manera, cuando el precepto constitucional utiliza expresiones tales como, “a todos”, o “a todas las personas”, el derecho en cuestión podrá ser titularizado por cualquier persona. Sin embargo, la utilización de la expresión “los españoles” funcionará como parámetro de exclusión para todos aquellos que no gocen de esta condición.

Esta simplificación conduce a soluciones poco deseables. Y prueba de ello es el entendimiento que el propio Tribunal constitucional ha manifestado en diversas ocasiones, no ciñéndose al tenor literal de los términos en el sentido manifestado. Para el Tribunal, el reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales dependerá del derecho en cuestión.

El reconocimiento de un derecho a los ciudadanos no implica “que ello limite la posible titularidad por otras personas”²⁶⁵. La propia naturaleza del derecho será determinante en la atribución de la titularidad del mismo. Existen ciertos derechos fundamentales susceptibles de ser titularizados exclusivamente por personas físicas, como sucede con la libertad personal o el derecho a la intimidad familiar. Existen derechos que podrán ser titularizados por las personas jurídicas con reconocimiento expreso en la Constitución, como sucede con el supuesto del artículo 27.6. Y finalmente existen otros derechos que, a pesar del tenor literal del precepto, podrán extender la posible titularidad a otras personas.

En cuanto a los extranjeros, la problemática se acentúa girando en torno a dos aspectos; uno, el reconocimiento de los derechos y libertades que la Constitución realiza a su favor y, el otro, la posible modulación del ejercicio de esos mismos derechos.

El art. 13 CE es el núcleo central desde el cual hay que partir para analizar el reconocimiento de derechos constitucionalmente reconocidos a los

²⁶⁵ STC 19/1983 de 14.03.1983. BOE n.87

extranjeros. Sin embargo, y para obtener una definición del estatuto jurídico-constitucional de los mismos, aquel pasaje precisa ser puesto en relación con otros preceptos constitucionales. En términos generales, el citado artículo ofrece una estructura normativa que conecta las diferentes situaciones en las que se pueden encontrar los extranjeros con atribución de un estatuto de derechos que se traduce en diversos tratamientos jurídicos.

El apartado primero del artículo dispone que los extranjeros gozaran en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución en los términos que establezcan los Tratados y la ley. Se “establece la regla general de atribución de tales derechos a los extranjeros, no sobre el *principio de igualdad* de trato nacional sino sobre el *principio de equiparación limitada*, tanto por su carácter selectivo o restringido como por su dimensión condicionada”²⁶⁶.

En su apartado segundo, se enuncia la única limitación que con carácter general y constitucional excluye a los extranjeros de ser titulares de un derecho fundamental. Se trata de los derechos reconocidos en el artículo 23 del texto constitucional, con la salvedad, y de forma igualmente condicionada, de que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda llegar a establecerse por Tratado o ley en lo que al sufragio activo y pasivo se refiere en las elecciones municipales.

Para concretar el estatuto constitucional de los extranjeros es preciso delimitar que concepto de los mismos es posible inferir de la Constitución. El Capítulo I de la CE, “De los españoles y los extranjeros”, determina en sus dos primeros artículos los presupuestos básicos para ser titulares de un estatuto de derechos pleno: la nacionalidad junto a la mayoría de edad. Siendo innegable el valor del *status* de la nacionalidad como supuesto de hecho que habilita para acceder plenamente al reconocimiento y ejercicio de los derechos, en el contexto social actual el *status* de la ciudadanía adquiere una mayor significación. En este estado de cosas, “el concepto de extranjero no se opone formalmente en modo alguno al de ciudadano, a cuya categoría,

²⁶⁶ Cfr. J. L. MONEREO PEREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*, pp. 208

en el sentido renovado que hoy asume, puede perfectamente pertenecer, sino al de “nacional español”²⁶⁷.

Esto no implica que se esté en presencia de estatutos de ciudadanía de la misma naturaleza y alcance, pues en definitiva se trata de conjugar dos conceptos distintos, nacionalidad y ciudadanía, en situación acorde con el principio de equiparación limitada que se desprende del artículo 13.1 CE, y no de igualdad de trato nacional.

El texto constitucional, por lo tanto, no ofrece expresamente un concepto de extranjero. Se sigue la definición tradicional, en sentido negativo, de considerar extranjeros a aquellas personas que carezcan de la nacionalidad española según el artículo 11 de la CE. Sin embargo, esta simplificación no se ajusta a la realidad normativa y social. En primer lugar, no se está ante un estatuto único o cerrado sino que sufre la influencia del Derecho Internacional y Comunitario. En segundo lugar, el problema no gira tanto en torno a la condición de extranjero como a la de no nacional. Prueba de ello lo constituye la existencia de regímenes privilegiados para ciertos colectivos de extranjeros, como los comunitarios. Los verdaderos destinatarios en términos prácticos del estatuto jurídico general constitucional son los extranjeros extracomunitarios y el verdadero problema radica en las concretas circunstancias socio-económicas de los mismos y su integración en nuestro sistema.

El carácter abstracto que preside la constitucionalización del concepto de extranjero se hace más evidente en contraste con la normativa infraconstitucional. El artículo 13 CE no hace distinción entre extranjero legal-ilegal o en situación regular o irregular. Será a través de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social²⁶⁸, donde se establezcan estas distinciones, con un recorte importante de derechos para aquellos que se encuentran en situación irregular, no solo en lo

²⁶⁷ J. L. MONEREO PEREZ y C. MOLINA NAVARRETE *Op. cit.*, pp.209

²⁶⁸ Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003 de 20 de noviembre y por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

que al ejercicio se refiere sino en cuanto al reconocimiento. En consecuencia se abre la veda para las más diversas interpretaciones.

Menos controversia genera la idea de que la integración solo se alcanza a través del reconocimiento de la titularidad y ejercicio de derechos. Los derechos humanos proyectados en forma de derechos fundamentales en los textos constitucionales gozan de una universalidad, tendencial más que real, que se traduce en la expansión progresiva de su reconocimiento a los sujetos. Esta pretendida universalidad se relativiza a través de los textos constitucionales. Dependerá de la extensión de la clase de sujetos a los que se reconozca la titularidad de los derechos y de la intensidad o entidad de los intereses tutelados por los mismos.

Esta tendencia a la expansión se codifica a la inversa cuando se trata de atribuir derechos fundamentales a los extranjeros imperando la lógica de uso de parámetros de exclusión. En los sistemas democráticos actuales, los derechos fundamentales se atribuyen según criterios de personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar que actúan como criterios delimitadores de la titularidad de los derechos fundamentales. Se puede, como se mencionó con anterioridad, diferenciar por tanto dos grandes categorías, los derechos del hombre o de la personalidad, reconocidos a todos en cuanto a personas, y los derechos de ciudadanía, reservados exclusivamente a los que gozan del status de ciudadano.

Desde un punto de vista teórico, tanto los derechos de la personalidad como los de ciudadanía son derechos en cuanto que aparecen así conformados por el derecho positivo, independientemente de que su constatación sea vía constitucional u otra. En este sentido son derechos de la personalidad los que el derecho vigente confiere a todos los individuos como personas y derechos de ciudadanía los que se atribuye a las personas como ciudadanos.

Existe un consenso generalizado sobre qué tipo de derechos pertenecen a una categoría y cuales a la otra. De esta forma, los derechos políticos habitualmente se reservan a los ciudadanos, los civiles suelen ser

derechos de las personas y, en cuanto a los derechos sociales, dependiendo del derecho en cuestión, podrá insertarse en una u otra categoría. Esta situación no impide una positivización de los derechos, en términos de atribución, en otro sentido. De esta forma, un derecho social o político podría ser objeto por el ordenamiento de una ampliación de los sujetos susceptibles de titularizar dichos derechos. De la misma forma que un derecho civil podría ser solo reconocido a los ciudadanos.

Esto en cuanto a la titularidad. Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros, en algunos casos se subordina a la formalización de ciertos requisitos. El presupuesto de acceso que pueda llegar a establecerse para el ejercicio deberá ser conectado con el análisis de cada derecho y con la delimitación de su contenido esencial.

No obstante, existe un modelo constitucional de atribución de los derechos fundamentales a los extranjeros. La remisión del artículo 13 CE a los Tratados y la ley no implica según el Tribunal Constitucional la desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros respecto a los derechos y libertades públicas. Si bien se trata de derechos de configuración legal, en cuanto a su contenido, siguen siendo derechos constitucionales²⁶⁹. Al mismo tiempo no puede entenderse que el artículo 13 de la Carta Magna sea comprensivo de dicho modelo con carácter exclusivo.

La dificultad aparece a la hora de determinar que alcance tiene este modelo. La indeterminación del apartado primero del tan repetido artículo 13 CE provoca distintas posiciones doctrinales. Para la mayoría de la doctrina, se trata de una norma rígida o restrictiva, en cuanto presupone un estatuto diferenciado de atribución de derechos fundamentales. Se entiende como ruptura del modelo universalista donde el status de ciudadanía actúa como presupuesto de los derechos fundamentales. Sin embargo, el criterio de la nacionalidad no es exclusivo en el sistema de atribución de derechos.

²⁶⁹ STC 107/1984 BOE n.305, STC 99/1985, BOE n.265 STC 115/1987 BOE n.180

Para otro sector doctrinal²⁷⁰, la propia indeterminación del precepto lo configura como norma abierta, que permite un amplio margen de actuación legislativa. Esta situación no es ajena al Alto Tribunal, que si bien reconoce que la libertad del legislador al configurar los derechos de los extranjeros es sin duda amplia, establece que no es modo alguna absoluta²⁷¹.

Es evidente que la propia redacción del precepto marca una diferenciación de trato entre nacionales y extranjeros, más patente cuando alude únicamente a las libertades públicas reservando los derechos de ciudadanía política a los nacionales. Esta diferenciación puede tener incluso justificación constitucional, considerada como “exclusión natural de los extranjeros de los derechos fundamentales... porque es una exigencia conceptual de la propia noción de “derechos del ciudadano”²⁷²; pero no es más que la institucionalización de una forma de exclusión social, perfectamente superable, invirtiendo los términos de conceptualización y justificación constitucional.

En este sentido, junto al criterio limitativo de remisión a la configuración legal del contenido, se recoge un principio de *favor libertatis* que deja una vía abierta a cambios dentro del ordenamiento jurídico, desvirtuando la concepción de estructura normativa rígida defendida por algún sector doctrinal. Por ello, no habría dificultad de situar los derechos fundamentales y las libertades públicas, que la constitución sanciona, en el marco más amplio de la protección de los derechos del hombre, cualquiera que sea su nacionalidad²⁷³. La remisión a los Tratados Internacionales avalaría esta tesis. Sumado al hecho de control axiológico vigente en el texto constitucional, sobre la base de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y la

²⁷⁰ En esta línea, Elisa PEREZ VERA. *La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado: normas en materia de nacionalidad y extranjería*. Revista de Derecho público, núm, 86,1982, pp.23; Adolfo MIAJA DE LA MUELA. *Derecho Internacional Privado*. Tomo II, 8ª ed. Madrid 1979, pp. 139 y ss. *En este aspecto, nuestro ordenamiento está considerado como uno de “más progresivos conocidos por la historia y el Derecho comparado”*.

²⁷¹ STC 94/1993 BOE n.100

²⁷² Cfr. Javier DE LUCAS. *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid, Temas de hoy, 1994 pp. 120

²⁷³ E. PEREZ VERA. *Op.cit.*, pp.23

paz social, esa remisión impide un retroceso al menos en términos normativos e implica una tendencia a la expansión

Limitar la tarea interpretativa a la dicción literal de la norma en cuestión no es suficiente. Por ello, determinar la forma de atribución de los derechos fundamentales a los extranjeros demanda un análisis de la realidad social en la que se proyectan.

Evidentemente esta realidad ha sido objeto de numerosas transformaciones que exigen una recontextualización del tema. España, históricamente sociedad de emigración, invierte los términos para convertirse en un país de recepción. Esta realidad inicial tiene traducción constitucional en forma de principio rector de la política social y económica²⁷⁴. La transformación sufrida no aparece como una realidad independiente. La superación de las fronteras nacionales dirigida a entidades supraestatales trae consigo la alteración del sistema de fuentes y la variación de los modelos conceptuales.

En lo concerniente al alcance significativo de la remisión contenida en la norma a los Tratados internacionales, debe ser puesto en relación con el artículo 10.2 CE que establece un criterio interpretativo general. La línea seguida por la doctrina constitucional es la de destacar la dimensión interpretativa y no reguladora de la cláusula de remisión. Sin embargo, “en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución”²⁷⁵.

Al respecto, el Tribunal Constitucional establece que el artículo 10.2 CE no supone que los derechos contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales gocen de rango constitucional a no ser que también estén consagrados en la propia Constitución. De esta forma, a lo que obliga el artículo 10.2 es a interpretar los preceptos de la Constitución de acuerdo con el contenido de los Tratados o Convenios que estén suscritos por España.

²⁷⁴ Art.42 CE “El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno”.

²⁷⁵ STC 36/1991 de 14.02.1991 BOE n.66

El artículo 10.2 CE se configura por tanto como un criterio hermenéutico preferente. La remisión a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Pactos y Tratados internacionales sobre la materia no configura a éstos como parámetro de constitucionalidad. En la práctica, la distinción, como criterio de validez o interpretativo, es relativa. La funcionalidad de la remisión se articula en dos sentidos; por un lado, de complementariedad, cuando un precepto constitucional no es suficientemente claro. Por otro, las declaraciones de derechos contenidas en los Tratados ratificados por España constituyen un standard mínimo “internacional” que el ordenamiento debe respetar.

Al margen de las distintas posturas sobre el tema, la línea interpretativa seguida por la jurisprudencia constitucional evidencia un proceso evolutivo que podría caracterizarse de expansivo. De obligada referencia es la división tripartita que el Tribunal Constitucional realiza de la atribución de los derechos fundamentales a los extranjeros. Por lo pronto, existen derechos fundamentales que corresponden de igual forma a españoles y extranjeros. “Los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”²⁷⁶.

En segundo lugar, hay derechos fundamentales que quedan excluidos de ser titularizados por los extranjeros; los del artículo 23 y con la salvedad que contienen. Y finalmente existe un tercer grupo de derechos de los que podrán ser titulares o no según los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio²⁷⁷.

Para la primera categoría de derechos no es válido constitucionalmente establecer ningún presupuesto o requisito formal, para su reconocimiento y efectivo ejercicio. La situación varía cuando se trata de derechos de ciudadanía en su doble dimensión cívica y social. La situación de

²⁷⁶ STC 107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305

²⁷⁷ STC 107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305

regularidad administrativa permitirá al extranjero gozar de una posición jurídica equiparable a la del nacional.

La división de derechos efectuada responde a la concepción clásica de tradición liberal con un acusado carácter formalista. Si bien los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son constitucionales, son todos ellos en cuanto a su contenido de configuración legal. En la práctica, los derechos fundamentales, salvo los que exigen una actitud pasiva o de no intervención, son derechos de configuración legal, en lo que a condiciones de su ejercicio se refiere. De esta forma, “la expresión «derechos de configuración legal» suele reservarse a aquellos derechos que no sólo necesitan del legislador para que éste arbitre los términos de su ejercicio, sino, antes aun, para que los conforme en su contenido”²⁷⁸.

La distinción opera en el hecho de que para los extranjeros son todos derechos de configuración legal, con la única excepción de los derechos de libertad inherentes a la dignidad de la persona. Esto implica un amplio margen para el poder legislativo, que no solo entra a regular las condiciones de ejercicio del derecho sino también su contenido. Los límites se articulan en dos momentos. Primero, dicho contenido deberá respetar e integrar el núcleo esencial del derecho. En último caso, sometimiento a la potestad revisora del Tribunal Constitucional, pues de otro modo estos derechos quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria.

De forma efectiva solo son excluidos de ser objeto de configuración legal los derechos inherentes a la garantía de la dignidad humana. La Constitución garantiza su configuración igual para españoles y extranjeros, respecto al contenido esencial del derecho dentro de su específica regulación²⁷⁹. De esta forma, el Alto Tribunal interpreta como universales este tipo de derechos, fruto de la asimilación de la evolución surgida en el Derecho Humanitario Internacional.

²⁷⁸ Cfr. Juan Luis REQUEJO PAGÉS. *Derechos de configuración legal*. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales. Tomo III. Civitas, Madrid, 2001, pp.134

²⁷⁹ STC 115/1987 de 07.07.1987 BOE n.180

El principio de igualdad consagrado en el artículo 14 del texto constitucional opera por tanto de distinta forma según se esté ante unos derechos u otros, dando lugar a diferentes estatutos personales de igualdad. La línea argumental del Alto Tribunal arranca de la propia Constitución y de su formulación del principio igualitario. En este contexto “a la luz del texto fundamental, la posición jurídica de los extranjeros permite la igualdad, pero es obvio que no la exige de forma imperativa”²⁸⁰. Sin embargo, la igualdad se predica exclusivamente para los españoles sin que exista un precepto constitucional donde se establezca a favor de los extranjeros. La remisión a los tratados y a la ley como presupuestos de configuración del estatuto de los extranjeros hará depender la igualdad o desigualdad en los derechos, por previsión constitucional, a la libre voluntad de los mismos²⁸¹.

Aquellos derechos que pertenecen a la persona como tal y no como ciudadano, en palabras del Tribunal, aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación con los españoles. Para el resto de los derechos se admite la nacionalidad como parámetro de exclusión con la consiguiente inaplicación del principio de igualdad. La titularidad y la igualdad en el ejercicio de los derechos dependerán del derecho afectado.

El principio de igualdad aparece constatado como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo primero de la Constitución. Sin embargo, dicha consagración no impide el reconocimiento de diferencias razonables. En este sentido, el Tribunal entiende que la igualdad reconocida en el artículo 14 de la Constitución no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por si mismo; por lo tanto su contenido viene establecido respecto de relaciones jurídicas concretas²⁸².

²⁸⁰ Cfr. Ramón María FERRER PEÑA. *Los derechos de los extranjeros en España*. Tecnos, Madrid, 1989 pp. 74

²⁸¹ STC107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305

²⁸² En este sentido se pronunció en relación al recurso de inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA)

El Tribunal argumenta la dialéctica igualdad-diferencia, como forma de legitimar diferencias de trato entre los individuos, sobre criterios de excepcionabilidad, objetividad y razonabilidad.

En este sentido, las diferencias normativas no pueden considerarse contrarias a la Constitución, si existe una justificación objetiva y razonable, debiendo estar presente una razonable relación de proporcionalidad entre los medios y la finalidad perseguida, dejando al legislador apreciar en que supuestos es necesario establecer un trato diferente y tratar desigualmente, siempre que no se atente contra los derechos y libertades protegidos, ni se haga de forma irrazonada²⁸³.

Los límites al legislador devienen menos nítidos cuando de derechos de los extranjeros se trata. El reconocimiento expreso y exclusivo del principio igualitario a los españoles permite un margen de actuación más amplio en este sentido para el legislador; esto es, que los derechos reconocidos a los extranjeros sean de configuración legal representa una vía para introducir la nacionalidad como parámetro de exclusión del principio de igualdad.

Sin embargo, el reconocimiento que el artículo 14 de la CE hace a favor de los españoles no se realiza en términos excluyentes. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional, cuando hace referencia a la nacionalidad como criterio admisible para fundamentar un ejercicio desigual de los derechos fundamentales, reconoce al tiempo la posibilidad de prescindir del dato de la nacionalidad para modular el ejercicio del derecho, como sucede con los inherentes a la dignidad humana²⁸⁴. Si bien los derechos reconocidos a los extranjeros son de configuración legal, son todos ellos derechos constitucionales.

La relación igualdad-diferencia no ha sido siempre objeto de un mismo entendimiento. El primer paso iría de la indiferencia jurídica de las diferencias, caracterizado por el desconocimiento de las mismas y su dependencia a las relaciones de fuerza, a la diferencia jurídica de las

²⁸³ STC 75/1983 de 03.08.1983 BOE n.197

²⁸⁴ STC 107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305

diferencias, con dos efectos inversos. Las diferencias valoradas se asumen como status privilegiados y las desvaloradas como status discriminatorios. En este contexto, las diferencias son pensadas y sancionadas como desigualdades; es decir, como privilegios o discriminaciones²⁸⁵.

El siguiente modelo implicaría la homologación jurídica de las diferencias. No se trata ya de que algunas diferencias aparezcan valorizadas y otras desvalorizadas sino que todas ellas son ignoradas en nombre de una abstracta defensa de la igualdad, insertada en un marco jurídico general.

Finalmente y como expresión de la igualdad jurídica como igualdad de derechos está la “igual valoración jurídica de la diferencias, basada en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad”²⁸⁶. Este modelo no implica el desconocimiento de las diferencias; al contrario, a través de su reconocimiento se articula un sistema encaminado a la superación de las desigualdades.

La igualdad, así entendida, se proyecta en dos dimensiones; en la extensión de los sujetos a los que se refiere y en la cantidad de derechos reconocidos y garantizados. Del mismo modo, la desigualdad se produce, en primer término, con el acotamiento de los sujetos y de los derechos y, en segundo, con la distinción entre titularidad y ejercicio.

La decisión de conferir carácter normativo a los derechos fundamentales ha supuesto un avance indudable en el camino para la superación de las desigualdades; sin embargo, se presenta más tendencial que real. En la práctica, la pretendida universalidad de los derechos fundamentales cede ante formas de igualdad formal. En este estado de cosas, el paso de la igualdad en derechos a la igualdad formal ha supuesto que, en la sociedad

²⁸⁵Luigi FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2002, pp. 74,75

²⁸⁶Cfr. L. FERRAJOLI. *Op. cit.*, pp. 75

política que nace del Pacto, la igualdad deriva de la territorialidad o, más concretamente, de la ciudadanía²⁸⁷.

El reconocimiento constitucional a los extranjeros de los derechos y libertades fundamentales de su Título I en los términos establecidos en los Tratados y la ley se predica de acuerdo a una igualdad formal²⁸⁸. De esta forma, el principio igualitario ha quedado reducido a previsión controlada y a una no indiscriminada equiparación. La igualdad resulta ser un principio reductor de complejidad social y un eficaz productor de diferencias de trato aceptadas o aceptables²⁸⁹ del sistema.

Por otro lado, la categorización tripartida de derechos que se desprende de la doctrina jurisprudencial cuando establece la atribución en términos de igualdad de los derechos inherentes a la dignidad de la persona no puede ser entendida como *numerus clausus*. En este sentido, la condición de persona como parámetro de atribución representa una vía que permite ser articulada en dos sentidos diversos; restringiendo el ámbito de derechos considerados como inherentes a dicha condición o ampliando el catálogo de derechos.

La consecuencia inmediata de una extensión de los derechos reconocidos como inherentes a la dignidad humana sería la alteración del estatuto jurídico de derechos reconocidos a los extranjeros.

El Alto Tribunal se limita en un primer momento a diferenciar categorías de derechos sin acotar de forma excluyente el contenido de cada una, exceptuando el artículo 23 de la CE y con la salvedad que contiene. A este respecto, la exclusión de los derechos de ciudadanía política aparece determinada constitucionalmente de forma expresa e inequívoca. Al margen de ser expresión del modelo de ciudadanía clásico vinculado al Estado-Nación, su

²⁸⁷ Ana RUBIO. “El derecho a la igualdad y a la no discriminación”. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales. Tomo III. Civitas, Madrid, 2001, pp.930

²⁸⁸ LOEXIS Art. 3º “Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocido en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley orgánica”.

²⁸⁹ A. RUBIO. *Op. cit.*, pp. 933

constatación rígida impide interpretaciones extensivas del supuesto. La cláusula de reserva de los derechos de ciudadanía política dota al precepto de una estructura de regla excepcional.

La salvedad contenida en el apartado segundo del artículo 13 de la Constitución delimita la única posibilidad de participación al ámbito municipal circunscrita al principio de reciprocidad. En este sentido, no se ha seguido la línea de otros países europeos, optando por una flexibilización de los criterios de reconocimiento, que si bien se confina igualmente al ámbito local no pide la exigencia de la reciprocidad²⁹⁰.

El Tribunal Constitucional, en su Declaración de 1 de Julio de 1992, reformó el apartado segundo del artículo 13, incorporando el sufragio pasivo en los mismos términos que el activo. Dicha reforma, que llegó impuesta por necesidad de adaptabilidad al Tratado de la Unión Europea en principio referida a los ciudadanos comunitarios, ha servido para extender su reconocimiento a los extranjeros extracomunitarios.

De esta forma, fuera del ámbito municipal y con el límite de la reciprocidad como criterio de reconocimiento y ejercicio, cualquier manifestación de derechos de participación pública, en sus dos vertientes, activa y pasiva, queda excluida de ser titularizada por los extranjeros. No obstante, la imposibilidad *a priori* de modificación de la situación actual no es obstáculo para una interpretación evolutiva encaminada a una mayor adaptación a las nuevas exigencias sociales e institucionales.

La tercera categoría de derechos presenta una mayor dificultad por la heterogeneidad de los derechos susceptibles de ser parte integrante de la misma. Residualmente, quedarían en este nivel por exclusión de los derechos inherentes a la dignidad del hombre y los de ciudadanía política, los derechos de ciudadanía civil, en un sentido amplio. En este supuesto, la intervención del poder legislativo se revela con un mayor margen de actuación, con

²⁹⁰ Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, del Consejo de Europa, 5/02/1992 en vigor desde 1997. No ratificado por España.

posibilidades de exclusión y de limitación en el ejercicio de los derechos siguiendo en algunos casos el principio de equiparación restrictiva.

3. La ordenación legal en materia de extranjería.

3.1. *La Ley Orgánica 7/1985*

3.1.1. Una ley con importantes déficits de integración

Como ya fue objeto de esta exposición, si bien el artículo 13 de la CE es el núcleo básico del que partir para la determinación del estatuto jurídico del extranjero, sin embargo, no es el único dato a tener en cuenta. La remisión que el artículo 13.1 de la CE hace a los tratados y la ley obliga a un análisis de la materia en este sentido.

En este contexto, se puede afirmar que la primera Ley de extranjería en el panorama nacional con vocación de generalidad es la ley 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Hasta ese momento, todo lo referente a extranjería se encontraba disperso en diferentes normas. Tal y como se establece en su Exposición de Motivos, la Ley 7/1985, de 1 de julio, “supone un primer intento [...] para establecer un estatuto jurídico que contemple los derechos y libertades de los extranjeros en España desde una perspectiva constitucional, evitando una endémica dispersión normativa”²⁹¹. Con la ley 7/1985 se dota al sistema de un soporte legal general; sin embargo, lejos de constituir un marco para la integración, establece un sistema restrictivo de derechos circunscrito a los extranjeros que se encuentren legalmente en España. Este parece ser el sentido de la Ley cuando en su Preámbulo destaca, por un lado, la “preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades”, y por otro, el reconocimiento de la necesidad de diferenciar, “con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad”. Esto se traduce en que para aquellos extranjeros que cumplan los requisitos de legalidad, el ejercicio de los derechos, en palabras de la Ley, es prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles,

²⁹¹ Cfr. José María ALVAREZ CIENFUEGOS SUAREZ. “*Reflexiones sobre la nueva Ley de extranjería*” Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001 Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2001 pp14.

estableciendo para estos mayores garantías jurídicas, en tanto que ningún derecho para aquellos otros que no reúnan tales requisitos.

El Título Primero dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros no deja lugar a dudas a este respecto. Los derechos de libertad de circulación por el territorio español, de elegir libremente el lugar de residencia, de reunión, de asociación, el derecho a la educación y de afiliación a un sindicato u organización profesional así como el de huelga, aparecen todos y cada uno de ellos cercenados, siendo solo reconocidos a los extranjeros que se encuentren legalmente en España²⁹².

En líneas generales la LO 7/1985 es una Ley pensada más para el control que para la integración. Su carácter restrictivo no solo se evidencia en las distinciones operadas a la hora de atribuir el reconocimiento de los derechos sino que alcanza a otros aspectos fundamentales en materia de extranjería. Ejemplos de ello, se encuentran en la ausencia del derecho a la reagrupación familiar, derecho básico para poder hablar de integración y que solo se contemplará posteriormente en el reglamento de desarrollo²⁹³ o en aspectos tales, como puede ser el régimen de acceso al territorio y la figura del rechazo en frontera o el régimen sancionador en los supuestos de devolución y expulsión.

En el caso del acceso al territorio, la ley establece un régimen de entrada fuertemente reforzado por la influencia del entonces inminente ingreso de España en la Comunidad Económica Europea. Se trataba de mostrar a Europa una España capaz de controlar los flujos de entradas de inmigrantes. El control se inicia en los mismos puestos de entrada, con la valoración del cumplimiento de una serie de requisitos por los funcionarios fronterizos²⁹⁴. A esto se añadía la exigencia del visado en el país de origen para todos aquellos

²⁹² Artículos del sexto al décimo de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

²⁹³ Disposición adicional Tercera y Artículo 7.2 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España aprobado por el RD 1196/1986 de 26 mayo.

²⁹⁴ Artículos 11 y 12 de la LO 7/1985 y 11 y 12 del Reglamento. Entre los requisitos exigidos para el acceso se encuentran, los documentos de identificación, la acreditación de medios económicos o la posibilidad de ser sometido a los reconocimientos médicos y a las medidas y controles exigidos por los servicios sanitarios españoles.

que no estén exonerados de su presentación en razón de acuerdos bilaterales entre España y sus respectivos países. La denegación del visado según la ley no necesitaba ser motivada²⁹⁵.

El régimen de entrada instaurado por la Ley 7/1985 dejaba, de este modo, un amplio margen de discrecionalidad que podía culminar, sin mayores garantías, con el rechazo en frontera. Su falta de concreción no solo no fue radicada con el reglamento de ejecución de la Ley aprobado por RD 1196/1986 de 26 mayo, sino que este “venía a reproducir los defectos legales” de aquella “añadiendo alguno más”²⁹⁶. En este sentido, ni la ley ni el reglamento determinaban unos criterios inequívocos de actuación ni unas garantías básicas de protección.

Una vez superada la entrada, la ley reconoce dos posibles situaciones legales, la de estancia, que no podrá superar los noventa días a no ser que antes de llegar ese plazo se solicite un prorroga de estancia o un permiso de residencia²⁹⁷, y la de residencia. La concesión de esta última dependerá de las singulares circunstancias concurrentes, de la inexistencia de antecedentes penales y de la disposición de medios económicos suficientes para el periodo de tiempo que se solicite²⁹⁸. En cualquier caso, la ley regula un concepto de residencia independiente del ejercicio de una actividad laboral o profesional, de forma que, aquellos extranjeros que deseen fijar su residencia en España para trabajar, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener simultáneamente el permiso de residencia y el permiso de trabajo²⁹⁹.

En el Título III de la Ley se determina el régimen referente al trabajo y el establecimiento. La concesión del permiso de trabajo queda condicionada, en relación con los trabajadores por cuenta ajena, a que el solicitante presente un contrato de trabajo o justifique documentalmente el compromiso formal de

²⁹⁵ Artículos 11 y 12 de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

²⁹⁶ Cfr. Ángeles SOLANES. “*Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010*”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Núm. 90, Noviembre 2010. Pp79, 80.

²⁹⁷ Art. 13.1 a) LO 7/1985.

²⁹⁸ Art. 13.2 LO 7/1985.

²⁹⁹ Art. 15 del Título III de la LO 7/1985.

colocación por parte de la empresa que pretenda contratarlo³⁰⁰. El cumplimiento de este requisito, para aquellos que se encontraban fuera del país, se veía en la práctica dificultado por la necesidad de obtener un visado de trabajo en los países de origen, en un contexto social donde el flujo de información en las comunicaciones internacionales carecía del grado de desarrollo que tiene hoy en día. La ley introduce igualmente, por un lado, el principio de preferencia nacional³⁰¹ y, por otro, el principio de reciprocidad, con aquellos países con los que existan acuerdos en tal sentido³⁰².

Para concluir con el análisis de los aspectos fundamentales de la Ley 7/1985 y en lo referente al régimen sancionador que instaura, sus principales notas son la ausencia de una graduación de las penas a aplicar³⁰³, la medida de la expulsión como eje principal de este régimen, pauta que es mantenida hasta la actualidad, y la creación de la figura del internamiento por un máximo de cuarenta días, extremo, este último, recurrido en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley y desestimado por el Tribunal³⁰⁴.

³⁰⁰ Art. 17 del Título III de la LO 7/1985.

³⁰¹ En este sentido se establece que para la concesión y en su caso para la renovación, se tendrán en cuenta, la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga llevar a cabo por el solicitante y la insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad, profesión o zona geográfica donde se pretenda trabajar. Art. 18 del Título III de la LO 7/1985

³⁰² En cuanto al desarrollo reglamentario, articula un sistema complejo y restrictivo de diferentes permisos de trabajo, delimitados por el periodo temporal para el cual habilitan y que pueden ir desde los nueve meses a los cinco años. Las limitaciones establecidas en los permisos alcanzan igualmente a las actividades a desarrollar, al ámbito geográfico e incluso pueden limitarse a un empleador concreto. Capítulo III del Reglamento. Empleo, Trabajo y Establecimiento.

³⁰³ Art 25 al 36 del Título VI y VII de la LO 7/1985 y art. 75 al 89 de los Capítulos VII al VIII del Reglamento.

³⁰⁴ STC115/1987 del 07.07.1987 BOE núm. 180

3.1.2. La sentencia 115/1987 del Tribunal Constitucional.

Este no fue el único aspecto recurrido, junto al régimen de internamiento, la diferenciación entre extranjeros legales e ilegales motivo la inclusión en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra la limitación del derecho de reunión, de asociación y la imposibilidad de la suspensión de resoluciones administrativas. Con el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 7/1985 se da comienzo a una pauta recurrente en la leyes orgánicas de extranjería y sus modificaciones; las declaraciones de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional y de nulidad del Tribunal Supremo.

Respecto al derecho de reunión se defiende la inconstitucionalidad del artículo 7³⁰⁵ por entender que la regulación establecida vulnera el artículo 21 de la Constitución en conexión con el 16, así como los artículos 9, 11, y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y de los arts. 2, 3, 18 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Del mismo modo, la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión establece en su preámbulo la necesidad de hacer concordar el ordenamiento jurídico con los mandatos constitucionales “especialmente el que determina que el ejercicio del derecho de reunión no necesitará autorización previa”³⁰⁶.

La impugnación del precepto iba solo dirigida a la necesidad de obtener autorización previa para la promoción de reuniones públicas o manifestaciones, de modo que la conformidad constitucional de esta regla quedaba sujeta al respeto por el legislador de los contenidos preceptivos establecidos en la Constitución. En este sentido, el art. 21 CE instituye un

³⁰⁵ Art. 7 LO 7/1985” *Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles”.*

³⁰⁶ Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. BOE de 18 de Julio de 1983.

reconocimiento pleno del derecho, sin necesidad de autorización previa, hecho que conduce al Tribunal a determinar que la libertad de reunión sin autorización “se constituye así en una facultad necesaria «para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito» (STC 1171981, de 8 de abril). Por tanto, declara inconstitucional el inciso «y solicitar del órgano competente su autorización»³⁰⁷.

En el caso del derecho de asociación, la inconstitucionalidad va dirigida al artículo 8.2 de la Ley orgánica 7/1985³⁰⁸ por vulneración de los arts. 22.4 y 14, en relación con el art. 13.1 del texto constitucional. La línea argumental seguida para resolver la posible inconstitucionalidad del precepto vendrá igualmente determinada por el respeto o no del legislador del contenido preceptivo del art. 22 del texto Constitucional. A este respecto, el Tribunal entiende que la posibilidad de acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros no respeta el contenido preceptivo del art. 24 de la Constitución. El art.22.4 CE establece que «las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada» y “este mandato [...] constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio”³⁰⁹. Por consiguiente, la limitación establecida no es constitucional.

En lo referente a la figura del internamiento por un máximo de cuarenta días, la pretensión de inconstitucional iba dirigida al párrafo segundo del número 2 del artículo 26³¹⁰ por estimar la vulneración de los arts.17.1 y 2,

³⁰⁷ STC 115/1987 FJ 2

³⁰⁸ Art.8.2 LO 7/1985” *El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles”.*

³⁰⁹ STC 115/1987 FJ 3

³¹⁰ Art.26.2 LO 7/1985 “*La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por*

24 y 25.3 de la Constitución en relación con el artículo 13 de la misma. La inconstitucionalidad del precepto se argumenta en función de la naturaleza administrativa del procedimiento de expulsión y en la prohibición constitucional para la Administración, de imponer sanciones que impliquen la privación de libertad (Art.25.3). Se circunscribe solo a este aspecto por considerar que la constitucionalidad de la detención preventiva cautelar que puede darse en los procedimientos de expulsión, siempre que concurren una serie de circunstancias, es indubitada³¹¹. El Alto Tribunal admite que la «ambigüedad y equivocidad» de los términos empleados por el legislador para regular la posibilidad del internamiento pueden conducir a una interpretación errónea que avale la argumentación para defender la no constitucionalidad del precepto; sin embargo, también establece que son posibles otras lecturas del precepto totalmente compatibles con los citados preceptos constitucionales. En este sentido, su pronunciamiento es nítido, entendiendo que los ámbitos de actuación de la administración y de los órganos judiciales están perfectamente delimitados. La decisión sobre la procedencia de la expulsión tiene carácter administrativo pero la disponibilidad sobre la pérdida de la libertad es judicial y determina que, cuando el precepto impugnado habla en términos de “interesando el internamiento”, este inciso ha de ser entendido “como equivalente a demandar o solicitar del juez”, de modo que corresponde a este último la decisión final sobre la restricción de la libertad que, en todo caso, deberá ser adoptada mediante resolución judicial motivada y deberá regirse por el principio de excepcionalidad³¹².

más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días.”

³¹¹ En este sentido art. 5.1 f) Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. “*Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición*”.

³¹² STC 115/1987. FJ 1. “*El internamiento del extranjero «debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar» (STC 41/1982, de 2 de julio). [...] este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial*”.

El último precepto impugnado fue el último inciso del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985³¹³, por entender que no respeta el mandato contenido en el art. 53 de la CE, al impedir con carácter general la suspensión de las resoluciones administrativas relativas a los extranjeros. En este caso, aunque el Tribunal estima que no puede defenderse la absoluta necesidad de la suspensión de los actos administrativos para salvaguardar los derechos fundamentales, también considera, en sentido contrario, que no puede eliminarse con carácter general la suspensión de todas las resoluciones, por lo que declara inconstitucional el último inciso del precepto impugnado.

El recurso de inconstitucionalidad presentado contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España apreciado en gran parte por el Tribunal Constitucional por la sentencia 115/1987, de 7 de julio, marcó una nueva etapa en la doctrina constitucional, «matizando» la configuración de los derechos de los extranjeros como derechos de configuración legal. En este sentido, nuestro Alto Tribunal pondrá de manifiesto que la configuración de los derechos de los extranjeros como derechos constitucionales supone un límite a la configuración legal de los mismos. El límite viene impuesto por el respeto al contenido esencial del derecho, cuando este les viene directamente reconocido por la Constitución. Al respecto, el Tribunal reconoce la posibilidad del legislador de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros; pero “una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”³¹⁴. El juego efectivo de la garantía del contenido esencial rige por tanto en los mismos términos que para los nacionales, limitando la configuración legal del derecho a un grado de desvirtualización que impida la identificación del mismo al tipo descrito, siempre que el reconocimiento sea vía constitucional.

³¹³ Art 34 LO 7/1985 “*Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley*”.

³¹⁴ STC 115/1987 DE 07.07.1987 BOE n.180

3.1.3. Las posteriores iniciativas de reforma.

La falta de adaptación de la Ley 7/1985 a la realidad existente fue provocando que en los años siguientes a su promulgación los movimientos fueran encaminados a una reforma en materia de extranjería. A finales de los ochenta y principios de los noventa se puede hablar de un proceso de transformación en el contexto español que favorece un clima de confianza en la economía. Esta situación incide directamente en el ámbito de la inmigración, con el resultado de un crecimiento en los flujos de entrada. La demanda de trabajadores inmigrantes para determinados sectores de la economía española, al mismo tiempo que la falta de previsión de la normativa de extranjería, dejaba al descubierto su ineficacia para abordar la importancia del fenómeno migratorio.

En este contexto nace la figura del contingente anual de trabajadores extranjeros no comunitarios, donde se establecen las cuotas de entrada en función de las necesidades no atendidas por el mercado nacional de trabajo. Esta medida, lejos de constituir un instrumento para la canalización legal de la entrada de mano de obra extranjera, se convirtió en un medio de legalización para aquellos que ya se encontraban en territorio español y que carecían de tal condición³¹⁵.

En este estado de cosas, la opción legal seguida fue mantener la Ley 7/1985 y elaborar un nuevo reglamento de ejecución. El Real Decreto 155/1996, de dos de febrero, aprueba el nuevo reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 derogando íntegramente el del 1986³¹⁶.

Entre las novedades que introduce el reglamento se encuentra la incorporación a través del capítulo preliminar, de los derechos y libertades de

³¹⁵ Proceso de regularización de 1991

³¹⁶ Entre las razones alegadas para justificar la reforma se encuentran el incremento de la población extranjera, la adaptación del ordenamiento interno a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a los compromisos internacionales adquiridos por España especialmente respecto al Tratado de la Unión Europea, es aspectos fundamentales como la admisión de trabajadores extranjeros, la reagrupación familiar o el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen .

los extranjeros en España. Esto implica una mejora con el tratamiento otorgado a los derechos en el anterior reglamento, en el que era necesario llegar hasta la sección tercera para obtener una breve mención a los mismos y donde solo se alude a los derechos de reunión y asociación sometidos, ambos, a diversos condicionamientos para su ejercicio. Con el nuevo desarrollo reglamentario, los derechos y libertades de los extranjeros aparecen divididos en tres secciones; de los derechos y libertades en general; de los derechos subjetivos de las personas, que comprende los derechos inherentes a las personas, el derecho a la educación y el derecho a la asistencia letrada, y por último, de los derechos reconocidos a los que se encuentren legalmente en territorio español.

El reglamento también incluye alguna mejora en aspectos relacionados con la integración, reconociendo los permisos permanentes de trabajo y residencia³¹⁷ o la posibilidad de obtener permisos de residencia independientes en algunos supuestos de reagrupación familiar³¹⁸; en cambio, la concesión de los permisos de residencia por circunstancias excepcionales³¹⁹ introduce un vínculo entre el derecho de asilo y el derecho de extranjería, “afianzando un peligroso nexo de conexión, que continúa hasta nuestros días, entre dos realidades que en la perspectiva jurídica han de ser distintas”³²⁰ En la Ley 5/1984, reguladora de la concesión de asilo y de la condición de refugiado, se reconocía la posibilidad de conceder el asilo por razones humanitarias³²¹. Esta ley será con el tiempo reformada³²² en el sentido apuntado, reconduciendo esta posibilidad a la vía de la legislación de extranjería. Entre las razones apuntadas en la exposición de motivos de la ley, está el entendimiento de estar desvirtualizando la figura del asilo, siendo ésta utilizada

³¹⁷ Art. 75. IV y 52 del Reglamento aprobado por el RD 155/1996.

³¹⁸ Art. 54.5 y 7 del Reglamento aprobado por el RD 155/1996, donde se regula, por una lado, los supuestos en los que el cónyuge puede obtener un permiso de residencia independiente y, por otro, la obtención del permiso de residencia independiente cuando los hijos del reagrupante alcancen la mayoría de edad.

³¹⁹ Art. 53 del Reglamento aprobado por el RD 155/1996.

³²⁰ Javier DE LUCAS. “*Dos test sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería*”. Jueces para la democracia nº64,2009, pp.15-23.

³²¹ Art. 3.3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora de la concesión de asilo y condición de la refugiado.

³²² Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora de la concesión de asilo y condición de la refugiado.

por inmigrantes económicos “convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país” ³²³.

Otra de las mejoras introducidas por el reglamento se encuentra en el régimen de infracciones y sanciones³²⁴, en el que se introduce una gradación de las infracciones y se delimitan, dentro de estas, las que tendrán como consecuencia la expulsión, imposibilitando así su aplicación indiscriminada a cualquier infracción³²⁵.

Finalmente, el Reglamento incorpora, tanto la doctrina del Alto Tribunal, que declara nulo el inciso del art.7 de la LO 7/1985, reconociendo, por tanto, el derecho de reunión sin necesidad de obtener autorización previa del órgano competente³²⁶, como la jurisprudencia sobre los centros de internamiento que, en términos generales, implicaba mayores garantías aunque continuaba manteniéndose un amplio margen de discrecionalidad.

En cualquier caso, la reforma operada por el reglamento continuó sin solucionar en modo alguno la problemática que giraba en torno a la extranjería. La realidad migratoria superaba las previsiones de su marco normativo, el cual, centrando sus esfuerzos en el control de los flujos de entrada y dejando en un segundo plano aspectos fundamentales, como los relativos a la integración, generó una normativa que dificultaba la entrada legal; pero lejos de contenerla, solo favoreció el incremento de las entradas de forma irregular³²⁷.

³²³ Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora de la concesión de asilo y condición de la refugiado.

³²⁴ Capítulo VI del Reglamento aprobado por el RD 155/1996

³²⁵ La misma delimitación se da en relación a la posibilidad de internamiento quedando acotado a los supuestos de expulsión de los apartados a, c y f del art. 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

³²⁶ Artículo 4 del Reglamento aprobado por el RD 155/1996 *“Los extranjeros podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa, el derecho de reunión, recogido en el artículo 21 de la Constitución, derecho que podrá limitarse en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica 7/1985”*

³²⁷ Prueba de ello fueron los diferentes procesos de regularización de extranjeros que tuvieron lugar desde la promulgación de la Ley hasta el reglamento, en 1986, 1991, 1996. Esta situación volverá a repetirse en el 2001 y 2005.

3.2. La Ley Orgánica 4/2000: sus objetivos de fortalecimiento de los derechos de los extranjeros y de su integración.

En el contexto perfilado, tres proposiciones de ley, dos de reforma de la Ley 7/1985 y una sobre medidas para favorecer una mayor protección e integración de los inmigrantes abrían el camino al cambio³²⁸. Pasaría más de un año hasta llegar a la elaboración de un texto único que vio la luz como Proposición de Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social el 4 de noviembre de 1999. Finalmente se adopta un texto consensuado por todas las fuerzas políticas con la única oposición del Grupo Parlamentario Popular que en el último momento se descolgó del proceso alegando discrepancias del texto con las líneas marcadas comunitariamente, en particular, con los acuerdos adquiridos con la Unión Europea en los Consejos Comunitarios de Schengen y Tampere. Así nace la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fruto de un consenso generalizado pero con un posicionamiento en contra que provocaría poco tiempo después su modificación en unos términos que revertirían de nuevo la situación de los extranjeros en España.

Con la reforma de la ley 7/1985, se aspiraba primordialmente a un mayor reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del extranjero³²⁹; incluso, no se limitaba el reconocimiento de ciertos derechos a inmigrantes en situación irregular, por entender que son derechos inherentes a la persona y que su ejercicio no podía condicionarse a situaciones administrativas. Entre los objetivos que se perseguían con la reforma, destacan, entre otros, “la defensa y la protección de los derechos fundamentales y libertades de los extranjeros en

³²⁸ Proposiciones de Ley presentadas por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y por el Grupo Parlamentario Mixto, ambas de reforma de la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y la tercera, presentada por Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió, de medidas para favorecer una mayor protección e integración de los inmigrantes. Las tres proposiciones fueron aceptadas en el Pleno del Congreso el 16 de junio de 1998.

³²⁹ Aurelia ALVAREZ RODRÍGUEZ. *La nueva ley española de extranjería ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿innovación o seguimiento del modelo italiano?* Revista Migraciones, Madrid, nº 7, 2000 pp.92/93

España, la defensa del principio de equiparación o de plena igualdad al nacional, la reagrupación familiar y la interdicción de la arbitrariedad”³³⁰.

El Título I de la LO 4/2000 abre el Capítulo I de derechos y libertades de los extranjeros estableciendo en su artículo 3 que “los extranjeros gozaran en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”. La equiparación, en estos términos, de los extranjeros con los españoles implica una modificación sustancial respecto al régimen anterior, donde tal equiparación no aparece contemplada³³¹. De esta forma, la Ley 4/2000 da un primer paso para la integración social de los inmigrantes a través del reconocimiento de una serie de derechos donde rige el principio de progresiva igualdad.

En líneas generales, la Ley 4/2000, probablemente por lo accidentado de su elaboración, adolecía de ciertas imprecisiones técnicas que dificultan la interpretación de sus preceptos y, por tanto, favorecía un clima de inseguridad jurídica. Lo cierto es que, dado su corto tiempo de vigencia, no fue posible comprobar sus efectos. Entre sus virtudes, destaca su intención de adecuarse a la realidad a la que debía ser aplicada, que no era otra que la existencia de una significativa población inmigrante, de la cual, una gran parte vivían, dentro de nuestro sistema legal, en una situación administrativa de ilegalidad.

La Ley 4/2000 busca dar respuesta a estas situaciones, otorgando visualización jurídica al extranjero en situación irregular³³². Esto se traduce, por un lado, en un reconocimiento generalizado de derechos tales como el derecho de reunión, asociación, sindicación y huelga con independencia de la situación administrativa en que se encuentre el sujeto y en consonancia con el contenido esencial de estos derechos. El reconocimiento de estos derechos encuentra, por tanto, su legitimación directamente del texto constitucional donde la

³³⁰ A. ALVAREZ RODRÍGUEZ. *Op. Cit.*, pp. 92, 93.

³³¹ Art. 4.1 de la Ley 7/1985 “*Los extranjeros gozaran en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos*”.

³³² A. SOLANES *Op. cit.*, pp. 83

atribución de los mismos se dispone con carácter general. Este parece ser el sentido de la LO 4/2000 cuando establece que, para el ejercicio del derecho de reunión, no se necesitará autorización administrativa previa³³³, en orden a lo establecido en el art. 21 CE. En cuanto al derecho de asociación, la LO 4/2000 reconoce igualmente su atribución a todos los extranjeros que se encuentren en España³³⁴, siguiendo el dictado constitucional de no limitación del derecho³³⁵.

Los derechos de libertad sindical y huelga, por su lado, aparecen reconocidos a todos los trabajadores extranjeros³³⁶. Al igual que en los anteriores derechos, un reconocimiento en estos términos implica la ruptura con la lógica excluyente de la anterior ley de extranjería, que circunscribía los derechos a la circunstancia de hallarse legalmente en España. El reconocimiento de estos derechos a todos los trabajadores extranjeros con independencia de tener autorización para su prestación o no, provee a los mismos de una garantía para la defensa de sus intereses. La Ley 4/2000 se alinea en este sentido tanto con la Norma Constitucional³³⁷ como con la mayoría de los instrumentos internacionales³³⁸ sobre la materia, en los que, estos derechos aparecen reconocidos con carácter general.

La Ley 4/2000 otorga igualmente visibilidad jurídica a los extranjeros en situación de irregularidad, a través de la vía de regularización que establece la

³³³ Art. 7.1 LO 4/2000 “Los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el artículo 21 de la Constitución”.

³³⁴ Art.8 LO 4/2000 “Todos los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Solo podrán ser promotores los residentes”

³³⁵ Art.22.1 CE “Se reconoce el derecho de asociación”.

³³⁶ Art.11 LO 4/2000 1.” Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulan.2. De igual modo, se reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho de huelga.”

³³⁷ Art. 28 CE

³³⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 1966, Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950, Carta Social Europea, de 1961, Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, de 1989, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, Convenios internacionales sobre libertad sindical núm. 87 y 98, entre otros.

figura del arraigo³³⁹. Para ello el extranjero debía acreditar una estancia ininterrumpida en el territorio español, figurando empadronado en un municipio en el momento de formular la petición y contar con medios económicos para atender a su subsistencia. Esta vía de regularización no fue ajena a las críticas de aquellos que entendían que con este marco jurídico se favorecía la inmigración ilegal; sin embargo, lejos de favorecerla, era la primera vez que a través de una ley orgánica se tomaba conciencia de la realidad de la inmigración, instrumentando una vía plausible para pasar de una situación de ilegalidad a una de legalidad³⁴⁰.

Junto a estos derechos encontramos, en la ley 4/2000, otras novedades importantes respecto a la normativa anterior. En este sentido, se establecen, por ejemplo, mayores garantías en el acceso al territorio español como puede ser la exigencia de la motivación de la denegación del visado y la indicación de los posibles recursos³⁴¹. En lo que se refiere al establecimiento se instaura con carácter general lo que se reconocía por decreto como excepción, estableciendo ciento ochenta días frente a los noventa que regulaba la ley 7/1985 en relación al plazo máximo de la estancia³⁴². Del mismo modo, se produce una elevación del rango normativo en la regulación de la residencia permanente frente a la anterior normativa que únicamente reconocía este supuesto por vía reglamentaria³⁴³ instituyendo, al mismo tiempo, una reducción del plazo de acceso a cinco años. La modificación encontraba sus

³³⁹ Art.29.3 LO 4/2000

³⁴⁰ Del mismo modo, la Ley 4/2000 establecía en su Disposición transitoria primera. Regularización de extranjeros que se encuentren en España, *“El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá el procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de junio de 1999 y que acrediten haber solicitado en alguna ocasión permiso de residencia o trabajo o que lo hayan tenido en los tres últimos años.”*

³⁴¹ Art 25 LO 4/2000. Excepcionalmente y con carácter temporal, se establecía que el Gobierno podía determinar para los nacionales de un determinado país o procedentes de un zona geográfica, supuestos en los que la denegación no tenía que ser motivada.

³⁴² Art. 29 LO 4/2000, art 13 LO 7/1985 en relación al 43.3 del RD 155/1996 donde se autorizaba la estancia del extranjero más de tres meses pero exclusivamente en supuestos de entrada sin visado y cuando concurriesen circunstancias excepcionales que lo justificasen.

³⁴³ Artículo 52 del RD 155/1996 en relación con el artículo 13 de la LO 7/1985 y art. 29 de la LOEX 4/2000. La LOEX 4/2000 introduce dos importantes novedades, la autorización a los residentes permanentes a trabajar en las mismas condiciones que los españoles y la reducción a cinco años del plazo previsto para poder acceder a la residencia permanente e incluso la remisión reglamentaria a la posibilidad de que no sea necesario en determinados supuestos de especial vinculación con España.

antecedentes en los compromisos adquiridos con la Unión Europea, contexto en el cual se adopta la Resolución relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de la larga duración en el territorio de los Estados Miembros³⁴⁴. Con esta resolución se comienza a tomar conciencia sobre la necesidad de adoptar medidas para la integración de los nacionales de terceros países de larga duración y de establecer unos principios comunes en la materia en todos los Estados Miembros. A estos efectos, se define como residente de larga duración, a los nacionales de terceros países que acrediten haber residido legalmente y de forma ininterrumpida en el territorio del Estado Miembro de que se trate durante un periodo de tiempo determinado por la legislación interna del Estado y, en cualquier caso, después de diez años de residencia legal o, a los que el Estado les reconozca las mismas condiciones de estancia que a los anteriores³⁴⁵.

En la misma línea, con motivo del Consejo Europeo de Tampere del 15, 16 de octubre de 1999, en el apartado 21 de las conclusiones alcanzadas en la cumbre se subrayaba la necesidad de garantizar un tratamiento equitativo a los nacionales de países terceros legalmente residentes en la UE dotándolos de un conjunto de derechos uniformes, lo más parecidos posible a los que se reconocen a los ciudadanos de la Unión Europea. El resultado será la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, por la que se insta un estatuto europeo a los nacionales de países terceros que han residido legal e ininterrumpidamente durante un plazo de cinco años en el territorio de un país de la UE y fija las condiciones de estancia en los países de la UE distintos del que les haya concedido tal estatuto. Con esto quedaba garantizada la aplicación del artículo 79 del TFUE al definir los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un país de la UE, a residir en otros países de la UE.

Por último, en lo referente al derecho al trabajo la Ley 4/2000 introduce novedades encaminadas a otorgar una mayor protección al trabajador

³⁴⁴ Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996. DOCE 96/C 80/02 de 18 de marzo de 1996.

³⁴⁵ Punto III Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996.

inmigrante. En este sentido, se establece que en los casos de ausencia de autorización previa por parte del empresario, no se invalidará en contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, sin perjuicio de la responsabilidad a que dé lugar para el empresario³⁴⁶, sin embargo, no se determinaban que derechos quedaban a salvo, dejando su concreción al devenir jurisprudencial³⁴⁷. Junto a esto, otro hecho relevante en el ámbito laboral, se encuentra en la obligatoriedad de establecer un contingente anual de trabajadores. Por esta vía, se obligaba al gobierno a establecer un contingente anual de mano de obra para extranjeros no residentes en el país³⁴⁸.

En el ámbito de la integración la Ley 4/2000 da un giro a la normativa anterior, en la que la única referencia a este aspecto se encuentra en su preámbulo sin mayor concreción que la de una pretensión. En este sentido, se establecía que “la Ley pretende, además, favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española”, sin embargo, no articulaba ningún medio para su consecución. La política española de integración de los inmigrantes comienza a perfilarse con la aprobación del Plan Interministerial para la integración Social de los inmigrantes³⁴⁹. Con este Plan se pretendía abordar, por primera vez en España, la inmigración con un enfoque global, siguiendo las directrices de la Unión Europea³⁵⁰. Se comenzaba así a tomar conciencia de haber dado un tratamiento al fenómeno de la inmigración desde la perspectiva

³⁴⁶ Artículo 33.3 LO 4/2000. Esta conducta que aparece tipificada en la ley como infracción grave en el art. Artículo 50 e) LO 4/2000

³⁴⁷ En cuanto a las limitaciones establecidas en la normativa anterior, se mantienen en el momento de la concesión del permiso de trabajo pero desaparece la sujeción a una determinada empresa en las renovaciones. Esto supone solo un pequeño avance al persistir la limitación de carácter general a un territorio, sector o actividad.

³⁴⁸ Art. 37 y 38 LOEX 4/2000. En la Ley 7/1985 este instrumento no tenía reconocimiento, era a través de su reglamento de ejecución, donde se regulaba un procedimiento específico, en el que las ofertas de trabajo eran independientes del hecho de que el trabajador estuviera fuera o dentro del territorio nacional y sin el dato de la obligatoriedad, por lo que podía llegar o no a materializarse.

³⁴⁹ Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 diciembre de 1994 (PISI). En Plan encuentra sus raíces en 1990, cuando el Gobierno presenta una Comunicación al Congreso de los Diputados sobre la Situación de los extranjeros en España. Líneas básicas de la política española de extranjería. A partir de las grandes líneas expuestas en esta Comunicación del Gobierno, en marzo de 1991 el Parlamento aprobó una Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España que es de gran relevancia porque a partir de ella comenzó a formularse una política más activa de inmigración. Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprueba el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010. Pp, 127.

³⁵⁰ Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010. Pp, 125

de la dirección y control de flujos, obviando la necesidad de abordar este ámbito desde la perspectiva de la integración social de los inmigrantes. La integración, exige “la consideración del inmigrante en su globalidad, no sólo como trabajador, sino como ciudadano, con necesidades y requerimientos en los ámbitos educativo, cultural, sanitario, convivencia territorial y de participación social”³⁵¹. El Plan contempló para la consecución de sus objetivos dos instrumentos, por un lado, el Foro para la Integración social de los Inmigrantes³⁵² como cauce para la consulta y mediación entre Administraciones Públicas, organizaciones sociales y asociaciones de inmigrantes. Por otro lado, el Observatorio Permanente de la Inmigración, como macrosistema de información de los órganos de la Administración General del Estado en materia de extranjería, inmigración y asilo³⁵³.

Las medidas que se adoptaron en este ámbito estaban divididas en cuatro bloques; medidas de carácter normativo, de carácter socio-laboral, de carácter educativo y cultural y, por último, medidas para la participación social. De este modo, con el Plan Interministerial para la integración Social de los inmigrantes se introducen en España “algunos elementos comunitarios respecto a la integración de los inmigrantes, del establecimiento de objetivos para la acción pública en este terreno y de la sistematización de una serie de medidas concretas”³⁵⁴ que sientan las bases mínimas para comenzar a hablar de políticas de integración.

La traducción práctica en medidas adoptadas en la LOEX 4/2000 se encuentran en el reconocimiento de derechos tales como el derecho a la reagrupación familiar que, anteriormente, solo se contemplaba por vía reglamentaria. Con la ley 4/2000, además de su reconocimiento, se instauran unos criterios más abiertos para su acceso y se camina en la misma dirección

³⁵¹ Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010. Pp 127

³⁵² Aprobado por el RD 490/1995 de 7 de abril.

³⁵³ Sus funciones se encuentran recogidas en el Real Decreto 345/2001, de 4 de abril.

³⁵⁴ Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010. Pp 127-128. En esta misma línea el 30 de marzo de 2001 el Consejo de ministros aprobó el Programa Global de Regulación y Coordinación de Extranjería e Inmigración (Programa GRECO) para el período 2001-2004. Este programa contenía cuatro líneas básica de actuación: Diseño global y coordinado de la inmigración, en el marco de la Unión Europea, Integración de los residentes extranjeros y de sus familias, regulación de los flujos migratorios y mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados.

que en los diversos instrumentos europeos e internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social europea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en los cuales, el derecho a la reagrupación familiar es reconocido directa o indirectamente.

En la misma línea de ampliación en el reconocimiento de derechos y, en este caso, vinculados a la figura del padrón municipal que, a partir de ley 4/2000, pasa a convertirse en un instrumento relevante en materia de extranjería, se encuentran reconocidos con carácter general el derecho a la educación y a la asistencia sanitaria³⁵⁵.

En cuanto a la garantías jurídicas de los extranjeros, la Ley orgánica 4/2000 insta en su Capítulo III importantes novedades en este ámbito. La ley reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva a todos los extranjeros sin distinción³⁵⁶ siguiendo así el mandato constitucional de atribución con carácter general y la prohibición de indefensión³⁵⁷. La línea de interpretación del Tribunal Constitucional a este respecto es nítida; el derecho a la tutela judicial es un derecho imprescindible para garantizar la dignidad humana y, por tanto, no admite restricción alguna³⁵⁸. En la misma línea de garantías y junto al derecho a la tutela judicial efectiva, se establece el derecho al recurso contra los actos administrativos. El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería se regirá por lo previsto con carácter general en la ley, con la única excepción del procedimiento de expulsión de urgencia que se regirá por la ley orgánica de extranjería³⁵⁹. Esto en la práctica implica que se pueden suspender cautelarmente la ejecución de las órdenes de expulsión, excepto, cuando se trate de procedimientos de expulsión de urgencia. Según la Ley reguladora de la Jurisdicción

³⁵⁵ Art.9 y art. 12 LO 4/2000 respectivamente.

³⁵⁶ Art. 18.1 LO 4/2000 “*Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva*”.

³⁵⁷ Art 24 CE. “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

³⁵⁸ En este sentido SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987, 94/1993. Con posterioridad la SSTC 236/2007.

³⁵⁹ Art.19.2 LO 4/2000

Administrativa³⁶⁰ las medidas cautelares pueden ser solicitadas en cualquier estado del proceso de forma que aseguren la efectividad de la sentencia³⁶¹. Para su adopción deberá hacerse una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto y sólo podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder la finalidad legítima al recurso. La medida cautelar podrá negarse si de su adopción siguiera una perturbación grave para los intereses generales o de un tercero³⁶². Junto al régimen general para la aplicación de medidas cautelares, el artículo 135 LJCA prevé la adopción de medidas cautelarísimas para cuando concurren circunstancias de especial urgencia. En caso de apreciar la existencia de estas circunstancias podrá adoptar tal medida³⁶³. En este estado de cosas y en el ámbito que nos ocupa, el primer interrogante que se plantea es si exclusión de los procedimientos de expulsión urgente de la posibilidad de adoptar medidas cautelares entra en colisión con el derecho a la tutela cautelar, más allá, del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo expresión aquella de ésta. La línea seguida por los tribunales es la de entender que no existe tal contradicción³⁶⁴, por considerar que la expulsión por sí sola no supone un perjuicio irreparable que deba prevalecer frente al interés público existente en que la permanencia de los extranjeros en España se efectúe con pleno respeto a la legalidad³⁶⁵.

³⁶⁰ Ley 29/1998, de 13 de julio artículos 129 y sgs.

³⁶¹ Art 129.1 Ley 29/1998, de 13 de julio Ley reguladora de la Jurisdicción Administrativa

³⁶² Art.130 Ley 29/1998, de 13 de julio Ley reguladora de la Jurisdicción Administrativa

³⁶³ Art. 135.1 Ley 29/1998, de 13 de julio Ley reguladora de la Jurisdicción Administrativa Cuando los interesados alegaran la concurrencia de circunstancias de especial urgencia en el caso, el juez o tribunal sin oír a la parte contraria, en el plazo de dos días podrá mediante auto: a) Apreciar las circunstancias de especial urgencia y adoptar o denegar la medida, conforme al artículo 130. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución el órgano judicial dará audiencia a la parte contraria para que en el plazo de tres días alegue lo que estime procedente o bien convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes a la adopción de la medida. Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo en su caso o bien celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada, el cual será recurrible conforme a las reglas generales. En el punto 2. establece que En los supuestos que tengan relación con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen retorno y el afectado sea un menor de edad, el órgano jurisdiccional oír al Ministerio Fiscal con carácter previo a dictar el auto al que hace referencia el apartado primero de este artículo.

³⁶⁴ SSTs Sala 3ª de 13 de febrero de 1998 , 4 y 9 de febrero de 1999 de 23 de marzo de 1999 ; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , Sala de lo Contencioso- Administrativo , del 12.05.2005 número de recurso 45/2005

³⁶⁵ Fernando J. ALCANTARILLA HIDALGO. “La tutela cautelarísima en materia de órdenes de expulsión de ciudadanos extranjeros”. La Ley - Revista Actualidad Administrativa - 04 - 2ª quincena de Febrero de 2007. Pp.415-425

Este entendimiento sería acorde a la jurisprudencia del Alto Tribunal, que si bien determina que no es posible establecer con carácter general que en ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones, también establece que “la efectividad de la tutela judicial que el art. 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales”³⁶⁶. Este entendimiento además no es óbice para que no pueda aplicarse la suspensión a los procedimientos de expulsión de urgencia a través de las medidas cautelarísimas del artículo 135 de la LJCA, siempre que se dé un supuesto de especial urgencia. La dificultad radica en apreciar cuando se está en presencia de un supuesto de especial urgencia al tratarse de un concepto jurídico indeterminado. Su determinación ha ido perfilándose por los juzgados y tribunales. En la práctica la urgencia parece hacer referencia a situaciones en las que se va a producir la salida inmediata aunque, en este punto, existen discrepancias en base a si es suficiente para aplicar las medidas cautelarísimas la concurrencia del requisito de la urgencia o si también es necesario valorar la concurrencia de las circunstancias previstas con carácter general en el artículo 130 LJCA “operando así la «urgencia» prevista en el artículo 135 solo como un requisito de procedibilidad”³⁶⁷. Esto sería acorde a la excepcionalidad contemplada por Ley y mantenida jurisprudencialmente y no sería óbice para la aplicación de las medidas cautelarísimas cuando al hecho añadido de la urgencia, la persona afectada por la expulsión o salida obligatoria “tenga arraigo en España, por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos ya que, en este caso, la ejecución inmediata de la orden habría de producirle unos perjuicios de difícil o imposible reparación con independencia de su posible retorno a España”³⁶⁸. En este contexto, es necesario además añadir que, la Ley 4/2000 introduce cambios sustanciales en el régimen general de expulsión vigente hasta su promulgación, con una importante rebaja en los supuestos que habilitan para

³⁶⁶ STC 0115/1987 BOE núm. 180

³⁶⁷ En este sentido, F. Alcantarilla Hidalgo. Pp.415-425

³⁶⁸ F. Alcantarilla Hidalgo. Pp.415-425

su imposición. La Ley determina una graduación de las conductas sancionables en tres categorías, a saber, leves, graves y muy graves y la sanción de la expulsión, como posible alternativa a la imposición de una multa solo para las conductas muy graves y para tres de los supuestos de infracciones graves³⁶⁹.

Por último y en cuanto a garantías de los derechos de los extranjeros se refiere, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos y judiciales, tanto a los residentes como a los que se encuentren inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, siempre que acrediten insuficiencia de medios económicos para litigar y en términos de igualdad de condiciones con los españoles³⁷⁰.

El marco expuesto hasta ahora pone de manifiesto el sentimiento aperturista e integrista manifiesto en la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sin embargo, iba a tener una existencia breve. En escasos meses, la modificación vendría de la mano de la Ley Orgánica 8/2000. Las justificaciones a la reforma se referían, por un lado, al denominado «efecto llamada» y, por otro y ante todo, a las Conclusiones alcanzadas en la Cumbre de Tampere por el Consejo Europeo en octubre de 1999. Las razones alegadas no fundaban la reforma. En las Conclusiones de Tampere se reconoce la necesidad de una política de integración a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros en un nivel de derechos comparable a los de los ciudadanos de la Unión. En este sentido, no sólo no contiene la exclusión de todo reconocimiento de derechos a los que se encuentren en situación irregular sino que los objetivos frente a la ilegalidad que se plasman en la cumbre van dirigidos a la lucha contra el tráfico de seres humanos. La Ley 4/2000 no contradecía lo expuesto en las Conclusiones de Tampere, al contrario, buscaba una equiparación en derechos según sus directrices. Esto unido al hecho de la existencia previa de las mismas al momento de la

³⁶⁹ Art. 53 en relación a los artículos 46 a 51. Título III LO 4/2000. “ *Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los apartados d) , e) y g) del artículo 49 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa de expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo*”.

³⁷⁰ Los art. 18, 19 y 20 LO 4/2000 se verán afectados por la reforma de la Ley 4/8000.

promulgación de la Ley Orgánica, no hacen de la modificación sino una cuestión controvertida.

En las Conclusiones de Tampere, aunque se limitan a la formulación de propuestas genéricas, éstas permiten adivinar cuál es el sentido de la política de inmigración y asilo que se quiere para Europa. Una deseable política común que aproxime las legislaciones nacionales en aspectos de colaboración con los países de origen, un sistema común de asilo, el trato justo a los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios. Todo ello desde un enfoque global de la inmigración acorde al contexto de globalización en el que se producen y a los principios de legitimidad de la Unión Europea: la democracia, los derechos humanos y el desarrollo. Las referencias a la inmigración ilegal que se dan en esta esfera van dirigidas fundamentalmente a la erradicación de la misma en su origen, a la lucha contra el tráfico de seres humanos y a la lucha contra la explotación económica de los trabajadores migrantes.

En el contexto de la Unión Europea, el signo que prevalece, no solamente en Tampere, sino en otras acciones³⁷¹ llevadas a cabo en su seno, más que una negación de derechos para los no documentados, es la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia que el Tratado de Ámsterdam prevé. Innovación que significó la asunción por la UE de competencias en materia de inmigración y asilo, de las que antes carecía³⁷².

Otro paso importante se dará con la Comunicación 757 de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2000, donde se reconoce que la inmigración es una necesidad y que admite ser gestionada beneficiosamente para todas las partes implicadas. De ahí, la importancia de la integración de los nacionales de terceros países, a través de la extensión de los derechos;

³⁷¹ En este sentido, la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo “sobre una política comunitaria de migración “COM 2000-757 Final 22-11-2000, como parte del programa de acción para la creación de un espacio de libertad seguridad y justicia según prevé el Tratado de Ámsterdam; y el complemento a dicha comunicación COM(2001)387 FINAL 11-7-2001 “Método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración”

³⁷²Salomé PEÑA. “*La historia reciente de la legislación española sobre derechos y libertades de los extranjeros y algunas de las actuaciones que ha provocado*”. En Javier DE LUCAS, Ángeles SOLANES, Salomé PEÑA. *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*. Valencia, Germania, 2001, pp.22

incluso, se perfila la categoría de ciudadanía cívica. El hecho de “hacer radicar la condición de ciudadano en la de residente, en lugar de la nacional, es un paso extraordinariamente importante”³⁷³.

La ley 4/2000 seguía las mismas pautas, integración y extensión en el reconocimiento de derechos. Por consiguiente, no solo no estaba en contradicción con las Conclusiones de Tampere sino que coincidía con ella en sus líneas básicas.

3.3. *Las posteriores reformas: avances y retrocesos en la defensa de los derechos de los extranjeros.*

3.3.1. La Ley Orgánica 8/2000:

A. Su objetivo esencial: el recorte de derechos de los extranjeros.

La Ley Orgánica 8/2000 aparece en el contexto social y político como una «contrarreforma» que es desarrollada unilateralmente en contra del consenso alcanzado en su antecesora. Consta de una estructura básica, dividida en tres artículos; el primero de ellos, dedicado a una sustancial modificación del articulado de la Ley Orgánica 4/2000; el artículo segundo modifica la disposición adicional única y añade una nueva disposición adicional y el tercero adecua los Títulos y capítulos de la misma a la reforma efectuada. En términos generales, la reforma operada por la Ley 8/2000 implica modificaciones encaminadas a un recorte sustancial del ejercicio de los derechos, disociándolo de la titularidad de los mismos, lo que vacía de contenido cualquier retórica de integración³⁷⁴.

A este respecto, se encuentran numerosas muestras en el articulado de la reforma que evidencian la nueva orientación de la Ley o, más allá, su regresión a la situación anterior a la Ley 4/2000. La modificación del art. 3, «De la igualdad con los españoles e interpretación de las normas», es un claro ejemplo de ello. La referencia al principio de equiparación con los españoles se

³⁷³ Cfr. J. DE LUCAS *Op. Cit.*, pp.49

³⁷⁴ J. DE LUCAS *Op cit.*, pp.53.

sustituye por el criterio interpretativo general en relación con el ejercicio de los derechos conforme les son reconocidos en la Ley. Esto en la práctica no es más que “el subterfugio que se utiliza para negar [...] derechos fundamentales a los extranjeros que se encuentran en situación irregular”³⁷⁵. La reforma operada limita así el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga o el derecho a la educación no obligatoria a los extranjeros que tengan autorización de estancia o residencia.

El carácter restrictivo de la ley se evidencia igualmente en otros aspectos que hacen pensar en el tipo de inmigración perseguida con la reforma, en la cual se “vuelve a la concepción instrumental de la inmigración”; esto es, el inmigrante visto como mano de obra, “puesto que incluso la igualdad de derechos con los trabajadores les es regateada”³⁷⁶. Esta parece ser la orientación de la reforma en la que las referencias a la integración aparecen difuminadas a lo largo de su articulado y donde los recortes establecidos, lejos de favorecer la integración y el asentamiento, lo dificultan. En este sentido, se ven afectados, por ejemplo, el derecho a la reagrupación familiar, con supresión de dos supuestos en lo que se refiere a familiares reagrupables³⁷⁷, o la exigencia de haber residido legalmente un año y tener autorización para residir uno más para el extranjero que pretenda ejercer la reagrupación de algún familiar³⁷⁸. En el mismo sentido, la novedad introducida por la Ley 4/2000 para el acceso a la residencia temporal, cuando se acredite una estancia ininterrumpida de dos años en el territorio español, se ve igualmente afectado, al disponerse que la Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que, en su momento, hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar o a aquellos que acrediten una permanencia en

³⁷⁵ J. DE LUCAS *Op cit.*, pp 51.

³⁷⁶ J. DE LUCAS *Op cit.*, pp 51.

³⁷⁷ Se suprimen los apartados e) y f) del artículo 17 de la LO 4/2000, a saber, “*El extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes; e) Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias. f) Los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea*”.

³⁷⁸ Artículo 18 de la LO 8/2000 2. “*Podrán ejercer el derecho a la reagrupación con sus familiares en España cuando hayan residido legalmente un año y tengan autorización para residir al menos otro año*”.

territorio español durante un periodo mínimo de cinco años, remitiendo la regulación de los requisitos al reglamento³⁷⁹.

En relación a las posibilidades de acceso al trabajo, la figura del contingente instaurada con carácter obligatorio por la LO 4/2000 se convierte en una facultad discrecional del Gobierno, al dejar en sus manos la valoración de la necesidad de mano de obra³⁸⁰.

Del mismo modo, las garantías que se instauraban con la Ley 4/2000 se ven también afectadas. Es el caso de la exigencia que con carácter general establecía su antecesora en la motivación de la denegación de los visados. Con la LO 8/2000 se retrocede en el tiempo, al establecer como regla general la no motivación de la denegación de los visados, contemplando solo dos supuestos excepcionales donde si será exigible; a saber, para los visados de reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena³⁸¹. Del mismo modo, el artículo segundo modifica la disposición adicional única y añade una nueva disposición adicional que en la práctica se traduce en que la regla general pasa a convertirse en excepcional, de modo que se establece como principio general el régimen del silencio administrativo negativo³⁸².

En cuanto al régimen sancionador, se reinstaura la posibilidad de la expulsión como medida alternativa a la multa en los casos de permanencia ilegal en territorio español³⁸³, se prevé la expulsión directa del condenado³⁸⁴ y

³⁷⁹ Art. 24. LOEX 8/2000 por el que se modifican los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 29, pasando a ser 31. En su apartado 3 se establece que *“La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía [...]”* El art. 41 del RD 864/2001 establece para los primeros la exigencia de haber permanecido en territorio español los dos años anteriores a la solicitud, reiterándose en los cinco años para los segundos.

³⁸⁰ Art. 39 LOEX 8/2000

³⁸¹ El art. 27 LOEX 8/2000.

³⁸² La Disposición Adicional única de ley 4/2000 establecía el plazo de tres meses para la resolución sobre las solicitudes de prórroga del permiso de residencia y del permiso de trabajo. Transcurrido este plazo sin que la Administración diera respuesta se entenderá que la prórroga ha sido concedida. Con la Reforma esto pasa a ser la excepción estableciéndose con carácter general el silencio administrativo negativo, es decir, transcurrido el plazo sin respuesta de la Administración las solicitudes se entenderán desestimadas.

³⁸³ El artículo 56 queda redactado como sigue, pasando a ser 57: *«Artículo 57. 1. “Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o*

se incorpora un procedimiento de expulsión preferente, que puede ser llevado a término en el plazo de 48 horas³⁸⁵. La precariedad del plazo otorgado “pone en tela de juicio la garantía de derechos, como el de la tutela judicial efectiva y los que a él van aparejados, como la asistencia jurídica y el derecho a interprete”³⁸⁶.

B. La razonable reacción: la oleada de recursos de inconstitucionalidad.

En este estado de cosas, los planteamientos sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley no se hicieron esperar. La limitación del ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, o a la educación no obligatoria, a los extranjeros que tengan autorización de estancia o residencia, motivó la presentación de varios recursos al Tribunal Constitucional³⁸⁷.

Con la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez sobre la inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio, o más allá, el reconocimiento de ciertos derechos a los extranjeros que carecen de autorización de residencia o estancia en España, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado contra varios puntos del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Hasta ese momento, los pronunciamientos sobre la materia habían ido siempre dirigidos a la posible inconstitucionalidad de preceptos que afectaban a los extranjeros en general. La modificación de la Ley Orgánica establece un recorte sustancial de derechos con un objetivo definido, los extranjeros en situación irregular. Este dato evidencia la existencia de dos grupos

conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”. En relación con el artículo 52 que pasa a ser el 53.

³⁸⁴ Art.57.2 LO 8/2000

³⁸⁵ Art. 63 LO 8/2000

³⁸⁶ A. SOLANES *Op cit.*, pp 85

³⁸⁷ Recursos interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, la Comunidad de las Islas Baleares, Junta de Extremadura y Principado de Asturias, por el Parlamento Vasco y por el de Navarra, por la Diputación General de Aragón y por el Grupo parlamentario PSOE en el Congreso. Todos admitidos por el TC por providencia de 22 de mayo de 2001. Cfr. S. PEÑA. *Op. cit.*, pp.24

diferenciados, los que se encuentran en situación legal en el país y los que no, así como el distinto tratamiento legal que pretende darse a estos últimos.

Este no ha sido el único pronunciamiento del Tribunal en relación a la posible inconstitucionalidad de determinados preceptos de esta Ley, si bien el nexo común a todos ellos es la pretendida inconstitucionalidad de la regulación establecida para el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación. Al margen de ellos, en las diferentes sentencias, el Alto Tribunal ha tenido que pronunciarse sobre otros preceptos de la Ley también objeto de los recursos que fueron presentados.

Los argumentos en los que se sustentaba el recurso de inconstitucionalidad hacían referencia, por un lado, a la libertad que el art.13.1 CE concede al legislador para regular el ejercicio de los derechos y libertades públicas de los extranjeros en España y de los límites a los que está sometido al hacerlo. Y, por otro, aunque no aparece formulado expresamente, a la colisión de los preceptos impugnados con los tratados internacionales ratificados por España en esta materia³⁸⁸.

Se trata, por tanto, de dilucidar si las limitaciones impuestas por el legislador a los extranjeros sin autorización de residencia o estancia en España para el ejercicio de los derechos de reunión, asociación, manifestación, sindicación, huelga y el derecho a la educación no obligatoria han respetado o no los límites impuestos por la Constitución. Para ello, el Tribunal Constitucional ha mantenido la misma lógica sistemática que en anteriores pronunciamientos. Se analiza la conexión del derecho impugnado con la garantía de la dignidad humana, recurriendo a la interpretación que del mismo se hace en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la misma materia³⁸⁹. A este respecto, es necesario constatar que esto no significa que el valor que se atribuye a los tratados y acuerdos los convierte en “un canon autónomo de

³⁸⁸ STC 236/2007 FJ 2

³⁸⁹ STC 236/2007 FJ6

validez”; al contrario, constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales³⁹⁰.

En lo que se refiere a los derechos de reunión y asociación³⁹¹, no era la primera vez que se alega la inconstitucionalidad de su regulación. Como se vio con anterioridad, la STC 115/1987 declaraba nulo el inciso del art.7 de la LO 7/1985 que establecía la necesidad de obtener autorización previa del órgano competente para ejercer el derecho de reunión y manifestación. En aquel entonces, también se establecía como requisito para el ejercicio de los derechos la situación de legalidad; pero este extremo no fue recurrido. En lo que al derecho de asociación se refiere, la invocada inconstitucionalidad iba dirigida a la posibilidad de la suspensión administrativa de las asociaciones integradas mayoritariamente por extranjeros y cuya regulación también fue declarada inconstitucional y nula por el Tribunal. Al margen de que los condicionamientos establecidos por el legislador al ejercicio de estos derechos, objeto de aquel recurso, eran otros, ya entonces se dejaba constancia de que se trataba de derechos que venían directamente reconocidos a los extranjeros por la Constitución. Así lo entendió con toda corrección la Ley Orgánica 4/2000, al no establecer diferenciaciones en atención a la situación administrativa de los extranjeros en España.

El Tribunal Constitucional mantuvo esta línea. El art.21 CE establece que los extranjeros gozan del derecho de reunión y manifestación “conforme a las leyes que lo regulan para los españoles” enunciando así una equiparación en cuanto a su titularidad y ejercicio³⁹². La estrecha conexión del derecho de reunión con la dignidad humana ha sido reiteradamente destacada en diversas sentencias del TC³⁹³, al tratarse de una “manifestación colectiva de la libertad de expresión”³⁹⁴. Este “principio de libertad, del que es una manifestación,

³⁹⁰ STC 236/2007 FJ 5 en relación a la STC 64/1991 FJ 4 a.

³⁹¹ “*Los extranjeros tendrán el derecho de reunión y manifestación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España*”

³⁹² STC 236/2007 FJ 6

³⁹³ STC 195/2003 FFJJ 3 y 4, STC 196/2002 FJ 4, 66/1995 FJ 3.

³⁹⁴ STC 284/2005, STC 236/2007 FJ 6. La vinculación de la libertad de expresión- libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas

exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución”³⁹⁵. En este sentido, el Tribunal entiende que la limitación impuesta por el legislador no constituye un condicionamiento adicional al ejercicio del derecho de reunión o manifestación; al contrario, se trata de la negación absoluta del derecho para aquellos que carecen de autorización de estancia o residencia.

En consonancia con lo anterior, tanto la Declaración de Derechos Humanos como los tratados internacionales ratificados por España sobre la materia parecen vincular, del mismo modo, el derecho de reunión con la dignidad humana³⁹⁶.

En razón de estas vinculaciones, el Tribunal declara inconstitucional la redacción que da el Art.1, punto 5, de la Ley Orgánica 8/2000 al Art.7 de la LO 4/2000, por entender que vulnera el Art. 21 de la CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el Art.10.2 CE. Sin embargo e incomprensiblemente no declara la nulidad del inciso “que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia”³⁹⁷.

En lo que al derecho de asociación se refiere, el Tribunal mantiene la misma línea argumentativa. Se parte del contenido fundamental del derecho de asociación, que “comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse” y de la vinculación que existe entre este derecho y “la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad por cuanto protege el

de sus sentencias (STEDH caso Stankov, de 13 de febrero de 2003, § 85, STEDH caso Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, § 58) STC 236/2007 FJ 6.

³⁹⁵ STC 101/1985, STC 236/2007 FJ6

³⁹⁶ Art. 20.1 DUDH “*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas*” El Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (PIDCP) dispone en su art. 21: “*Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*”. Finalmente, el art.11 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) establece en su apartado 1: “*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses*”. Y en el apartado 2: “*El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas en la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos*”.

³⁹⁷ STC 236/2007 FJ17

valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para [...] una sociedad democrática”³⁹⁸. Por lo demás, el derecho de asociación es un derecho reconocido directamente a los extranjeros por la Constitución, en su Art.22.1³⁹⁹. Esto no impide que el legislador pueda establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio; sin embargo, no se puede entender “esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”⁴⁰⁰ y, menos aún, como una autorización para negar su reconocimiento y ejercicio en cualquiera de sus formas.

Este mismo entendimiento se desprende de la Declaración Universal de derechos humanos y de los demás tratados internacionales ratificados por España sobre la materia⁴⁰¹, que comparten la comprensión de la proyección universal del derecho de asociación, por lo que el Tribunal declara la inconstitucionalidad, no la nulidad, de la nueva redacción dada por el Art.1, punto 6, al Art. 8 de la LO 4/2000, por vulnerar el Art. 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el Art.10.2 CE⁴⁰².

Dejando para un estudio posterior el análisis de la sentencia en relación a los derechos de sindicación y huelga⁴⁰³, el último aspecto impugnado, en relación a las limitaciones de los derechos de los extranjeros en base a la situación en la que se encuentran, es el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria. El punto 7 del artículo primero de la ley recurrida⁴⁰⁴ establece que “los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en la mismas condiciones que los españoles [...]”; por tanto, se impide el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de dieciocho años que no tengan residencia legal en España. Al margen de la

³⁹⁸ STC 236/2007 FJ 7

³⁹⁹ “Se reconoce el derecho de asociación” Art.22.1 CE

⁴⁰⁰ STC 115/1987 FJ 3

⁴⁰¹ Art 20.1 DUDH, Art 11 CEDH, ART.22.1 PIDCP

⁴⁰² STC 236/2007 FFJJ 6 y 7

⁴⁰³ “Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles,” derecho, “que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

⁴⁰⁴ Este punto también ha sido objeto de pronunciamiento en la STC 262/2007.

contradicción existente entre este punto y el apartado primero del artículo, que garantiza el derecho a la educación a los menores de dieciocho años, independientemente de su situación legal, el pronunciamiento del Tribunal en este sentido ha sido claro, declarando inconstitucional y nulo el inciso “residentes” por ser contrario al derecho a la educación garantizado en el art.27.1 CE en el que se reconoce un derecho a la educación con carácter general, con independencia de la condición de nacional o extranjero o de la situación de legalidad o ilegalidad en España. Este entendimiento estaría en consonancia con los diferentes instrumentos nacionales e internacionales que informan nuestro ordenamiento jurídico⁴⁰⁵ y que ponen de manifiesto “la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana”⁴⁰⁶.

El TC ha tenido también que pronunciarse sobre otros aspectos de la LO, como son, el derecho a la intimidad familiar y al reagrupamiento familiar⁴⁰⁷, regulado en los puntos 12 y 13 del artículo primero y en el nuevo artículo 18. La impugnación se basa en la remisión reglamentaria contenida en estos preceptos que se considera contraria al contenido del derecho a la intimidad del Art.18.1 CE, el cual es objeto de las reservas de ley establecidas en los Arts. 81.1 y 53.1 CE. El problema se circunscribe a sí la reagrupación familiar forma parte o no del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar. El Tribunal pone de manifiesto que la intimidad familiar consagrada en el Art.18.1 CE lo es “como una dimensión adicional de la intimidad personal”⁴⁰⁸ y así lo ha manifestado en diversas sentencias⁴⁰⁹. Del mismo modo, el análisis de los diferentes Tratados internacionales⁴¹⁰ sobre la materia tampoco conduce a la

⁴⁰⁵ Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de educación (ART.4.2) Declaración Universal de Derechos Humanos (art.26) “*Toda persona tiene derecho a la educación [...]*”, PIDESC (Art.13) Apartado 1. “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación*”. Art. 2 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952 “*A nadie se le puede negar el derecho a la educación [...]*”.

⁴⁰⁶ STC 236/2007 FJ8

⁴⁰⁷ También ha sido objeto de pronunciamiento en la STC 260/2007

⁴⁰⁸ STC 236/2007 FJ 11

⁴⁰⁹ STC 231/1988, STC 231/1988, STC 197/1991

⁴¹⁰ El Art. 8.1 CEDH establece que “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar [...]*” El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, deduce de este precepto un derecho a la vida familiar pero no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la

interpretación de que el derecho a la reagrupación familiar forme parte del contenido esencial del derecho a la intimidad familiar, por lo que el TC desestima este motivo de inconstitucionalidad.

Los siguientes preceptos impugnados son el punto 14 del artículo primero, inciso final del apartado 2 del nuevo artículo 20 y la nueva redacción dada por la LO 8/2000 al apartado 5 del artículo 27, que establece que la denegación de visado será motivada cuando se trate de visados de residencia para la reagrupación familiar, para trabajar por cuenta ajena o cuando el solicitante se encuentre en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, así como el punto 16 del artículo primero, que sólo reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se acredite insuficiencia de recursos económicos a los extranjeros residentes⁴¹¹. El motivo de la impugnación, en el primer caso, se basa en que para el resto de los supuestos no se exige la motivación de la resolución administrativa, impidiendo su control jurisdiccional y ser contrario a los arts. 24.1, en relación con el art.9.3 y 106.1 CE; y, en el segundo, por ser lesivo del art.119 CE en relación con el art.24.1 CE. Ambos serán tratados conjuntamente por su relación con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque con resultados diversos. Partiendo de la premisa de que el derecho a la tutela judicial constituye uno de los derechos fundamentales “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”⁴¹², se trata de determinar en ambos supuestos si el legislador orgánico ha traspasado los límites constitucionalmente impuestos para salvaguardar este derecho. En el primer caso, el Tribunal pone de manifiesto que la exoneración del deber de motivación para los supuestos no contemplados en el precepto impugnado, está referida a resoluciones administrativas y no a resoluciones judiciales. Esto no implica, por tanto, una restricción a un derecho, porque la obtención de un

reagrupación familiar derivado de este artículo. (STEDH caso Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985 § 68, caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996, § 67). Del mismo modo, el Art. 16.3 de la Declaración universal de derechos humanos y el 23.1 PIDCP, disponen igualmente que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” pero sin referencia a la reagrupación familiar como parte de este derecho. STC 236/2007 FJ11

⁴¹¹También ha sido objeto de pronunciamiento en las STC 259/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007.

⁴¹²STC 107/1984 DE 23 de noviembre, FJ3

visado no es un derecho reglado del extranjero. A esto se suma que la LO deja a salvo el control de esta actividad administrativa por los Tribunales, “en todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España”⁴¹³.

Distinta postura adopta el Tribunal con la exigencia para poder acceder a la asistencia jurídica gratuita cuando hay insuficiencia de recursos económicos. En este sentido determina “la conexión instrumental” que existe “entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva”⁴¹⁴, con independencia de la situación jurídica en la que se encuentre el sujeto. Por tanto, declara la inconstitucionalidad del precepto impugnado, al impedir el acceso de facto a la jurisdicción por afectar directamente al contenido esencial del derecho de tutela judicial efectiva.

Para concluir con la STC 236/2007, los últimos aspectos de la LO impugnados son los apartados 50, 53 y 56 del artículo primero relativos a infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. En el primer caso, la impugnación se centra en la vulneración del art. 25.1 CE por suponer una infracción del principio *non bis in idem* y del art.25.2 CE, por vulnerar los principios de reeducación y reinserción social, al establecer como causa de expulsión el hecho de que un extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, con pena privativa de libertad superior a un año. El Tribunal pone de manifiesto, según su reiterada jurisprudencia⁴¹⁵, que para que pueda hablarse de infracción del principio *non bis in idem*, se requiere identidad del sujeto, hecho y fundamento⁴¹⁶ y que, en el caso enjuiciado, hay una “falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión” ya que las dos medidas “persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes”⁴¹⁷. En lo que se refiere a la infracción de los principios de reeducación y reinserción social, el Tribunal considera improcedente la impugnación del precepto, porque el mandato constitucional que se reconoce en el art. 25.2 está referido a penas privativas de libertad pero no a supuestos de expulsión de

⁴¹³ Art 65.2 LO

⁴¹⁴ STC 95/2003 FFJJ 3 y 5, STC 236/2007 FJ13

⁴¹⁵ STC 2/1981, STC 154/1990, STC 2/2003.

⁴¹⁶ STC 2/1981 FJ 4

⁴¹⁷ STC 236/2007 FJ14

extranjeros. A esto se suma que se trata de un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración, pero no al legislador que establece medidas administrativas en el marco de la política de extranjería⁴¹⁸.

En relación al punto 53⁴¹⁹, se impugna en base a que en los casos de retorno, no se garantice más allá del plazo de setenta y dos horas que el órgano judicial tenga posibilidad de decidir otra cosa distinta al internamiento por lo que se estaría vulnerando el art. 17.1 y 2 CE. La parte recurrente entiende que esta es la única interpretación posible del precepto; sin embargo, el Tribunal, partiendo de que “solo cabe declarar la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación”⁴²⁰, pone de manifiesto que el precepto admite otra interpretación, de modo que es “la voluntad de la ley y [...] de la Constitución, el que, más allá, de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de libertad”⁴²¹.

Por último, en relación al punto 56⁴²² del artículo primero, el motivo de impugnación se dirige a que el plazo de cuarenta y ocho horas que se le concede al interesado para formular alegaciones en su defensa, una vez que se da la incoación del procedimiento sancionador de expulsión preferente, vulnera el artículo 24.1 CE en relación con el art.6 CEDH al producir indefensión. Para la determinación de la constitucionalidad de este precepto, el Tribunal aclara que el principio de celeridad está en consonancia con los supuestos contemplados en la Ley para que proceda la expulsión con carácter

⁴¹⁸ STC 236/2007 FJ 14

⁴¹⁹ Punto 53 del artículo primero de la Ley 8/2000 que da la siguiente redacción al Artículo 60. 1 “Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”.

⁴²⁰ STC 93/1984 FJ1, STC 236/2007 FJ 15

⁴²¹ STC 115/1987 FJ 1, STC 236/2007 FJ 15

⁴²² Punto 56 del artículo primero de la LO 8/2000 que añade el artículo 63 a la LO 4/2000, Apartado 2 “Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas[...]”

preferente, al tratarse de causas de fácil apreciación o de especial gravedad. Por tanto, entiende que la brevedad de los plazos no implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, si con la celeridad del proceso se persigue una finalidad razonable y necesaria⁴²³. Al mismo tiempo argumenta que se le conceden al interesado las garantías esenciales de todo procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia o el derecho a una resolución motivada, por lo que declara que no procede su inconstitucionalidad.

Al margen de los preceptos de la LO recurridos en esta Sentencia y que fueron impugnados igualmente en otros procesos constitucionales, también fueron objeto de otros recursos el apartado 15 del artículo primero⁴²⁴, en relación a la ejecutividad de la resolución de expulsión en el procedimiento preferente, así como los apartados 54 y 55 del artículo primero⁴²⁵, relativos, respectivamente, a la medida cautelar consistente en la residencia obligatoria en un determinado lugar cuando existan procedimientos sancionadores que propongan la expulsión del extranjero y a la fijación de un plazo de cuarenta días como medida cautelar de internamiento, por considerarlo excesivo al tratarse de una privación de libertad. Y por último, también se objetó el apartado 57 del artículo primero⁴²⁶, sobre la ejecutividad de la resolución de expulsión acordada en un procedimiento preferente. Todos ellos fueron desestimados por el Tribunal.

En conclusión, el Tribunal solo declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “residentes” en dos de los supuestos impugnados. En el caso del derecho de reunión, asociación, sindicación y huelga se limita a establecer la inconstitucionalidad del inciso “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España” y en el de huelga, “cuando tengan autorización para trabajar” basando su decisión en una argumentación que cuando menos genera incertidumbre sobre el futuro ejercicio de estos derechos por los extranjeros en situación irregular. La opción elegida por el Tribunal responde, según su planteamiento, a que no siempre es necesaria la

⁴²³ STC 14/1992 FJ 8, STC 335/1994 FJ 3, STC 130/1998 FJ5, STC 85/2003 FJ 11.

⁴²⁴ STC 259/2007 y 262/2007

⁴²⁵ STC 260/2007

⁴²⁶ STC 262/2007

vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad, cosa que ocurre cuando “la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual de éste, sino en su omisión”⁴²⁷.

Por lo demás, el Tribunal entiende que declarar la nulidad de los mencionados incisos alteraría la voluntad del legislador y equipararía plenamente a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa en el ejercicio de estos derechos. La remisión que hace al legislador para que en un plazo razonable establezca las condiciones del ejercicio de estos derechos dejaba de nuevo la situación sin resolver. Podría pensarse que la vinculación de unos u otros derechos con la dignidad humana haya sido determinante para esta decisión pero sería de igual forma, difícilmente justificable. Es claro, que todos los derechos fundamentales están conectados en mayor o menor grado con la dignidad de la persona y que la posición del Alto Tribunal, en este sentido, se dirige a preservar aquellos derechos que considera que tienen una conexión más inmediata. Sin embargo, llama la atención la decisión del Tribunal al referirse a un serie de derechos como el de reunión, asociación, sindicación o huelga, todos y cada uno de ellos tienen una estrecha vinculación con la dignidad humana, no sólo por su previsión en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos democráticos y en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sino también porque constituyen un importante elemento de justificación del modelo de Estado de Derecho basado en la autonomía de la voluntad.

El desarrollo reglamentario de la Ley tampoco fue ajeno a la presentación de recursos⁴²⁸. Dos sentencias del Tribunal Supremo⁴²⁹ anularan

⁴²⁷ STC 236/2007 FJ 17 haciendo referencia a la STC 45/1989 FJ 11.

⁴²⁸ Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre.

⁴²⁹ STS 1924/2003 de 20 de marzo de 2003 BOE núm. 16 de mayo de 2003 por la que se anulan del art. 38, el inciso “*pudiendo adoptarse en tales casos, como medidas cautelares, algunas de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley 8/2000*”; artículo 41.5; artículo 49.2 apartados d) y e) el inciso “*en España*”; artículo 56.8, el inciso “*o de expulsión*”; artículo 57.1; artículo 84.2; artículo 84.6; artículo 117.2; artículo 127.2.c; artículo 130.2; artículo 130.6; artículo 136.3; artículo 138.1.b en el inciso “*o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta*” y Sentencia de 21 de octubre de 2004, Sala Tercera del Tribunal Supremo por la que se declara la nulidad de pleno derecho del apartado 5 del artículo 84 («Cuando el empresario o empleador no acredite en su caso, que, con carácter

varios preceptos del Reglamento por extensión a través de esta vía de supuestos no previstos en la propia Ley. De este modo las restricciones establecidas por la contrarreforma se veían ampliadas y extralimitadas a través de su desarrollo reglamentario.

3.3.2. *Ley Orgánica 11/2003*

A. Consideraciones generales

La segunda reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, viene de la mano de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Con esta ley se pretende dar respuesta al conjunto de medidas legislativas y organizativas del Plan de lucha contra la delincuencia que presentaba el Gobierno el 12 de septiembre de 2002.

La ley Orgánica 11/2003 aborda una serie de reformas en determinadas materias, como son el Código Penal, el Código Civil y la Ley Orgánica 4/2000 y se encuentra dividida en la Exposición de motivos, tres artículos y dos Disposiciones finales⁴³⁰.

En lo que a materia penal se refiere, el texto legal introduce el agravante de la reincidencia para aquellos supuestos en que los autores ya hayan sido condenados con anterioridad, en base al número de delitos cometidos. En la Exposición de motivos, apartado II, se establece que la circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad del hecho, supuesto que permite que el juzgador, ponderando la magnitud de la pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga la aplicación de la pena superior en grado.

previo, ha cumplido con la obligación de gestionar la oferta ante los servicios públicos de empleo») en relación a la inadmisión a trámite de la solicitud de permiso de trabajo.

⁴³⁰ En su disposición final tercera se establece el mandato al Gobierno para que adapte a sus previsiones el Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En virtud de este mandato, el 30 de noviembre se promulga el Real Decreto 2393/2004 que deroga el anterior reglamento 864/2001. BOE» núm. 6, de 07/01/2005.

Junto a esta modificación, se instituyen igualmente medidas encaminadas a mejorar la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando se trate de hechos que no hubieran sido aún juzgados y condenados⁴³¹ y se introduce una reforma importante en lo referente a la violencia doméstica, pasando las conductas penales cometidas en este ámbito a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, ajustando técnicamente la falta regulada en el artículo 617.

En la parte que aquí interesa, se establecen varias modificaciones. Concretamente, se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 del Código penal para los casos de extranjeros que, no residiendo legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, siendo la regla general la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión. No es la primera vez que se modifica este precepto. Anteriormente a esta reforma, la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código penal⁴³² y la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, introdujeron cambios a la regulación del artículo 89. De entonces a esta reforma tiene lugar un endurecimiento del sistema de sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio. La posibilidad de sustitución pasa a convertirse en la regla general, se amplía el plazo de prohibición de entrada y, en caso, de intentar violar la prohibición de entrada, se dispone que comience de nuevo el cómputo para la misma. Esta será la línea mantenida por el legislador en la última reforma introducida por la Ley 5/2010 de 22 de junio⁴³³ donde, además de poder acordarse la expulsión como sustitución de una pena privativa de libertad mediante sentencia, ahora

⁴³¹ Así, los artículos 147, respecto a las lesiones, 234, respecto al hurto y 244, respecto a la sustracción de vehículos, establecen una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito. Exposición de motivos. Apartado II. Ley Orgánica 11/2003.

⁴³² BOE núm. 281. 24/11/1995

⁴³³ BOE núm. 152. 23/06/2010

también podrá acordarse por auto motivado posterior, así como, acordar el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros para asegurar la ejecución de la pena de expulsión en los términos establecidos en la Ley para la expulsión gubernativa.

Lo posición del Tribunal Supremo a este respecto es clara. En varias ocasiones ha tenido oportunidad de criticar este tipo de medidas, manifestándose en el sentido de que la expulsión es una pena añadida y no una sustitución de la pena privativa de libertad impuesta, al mismo tiempo que es “asistemática y perturbadora de la legalidad penal”⁴³⁴.

La diferenciación operada va dirigida una vez más a los extranjeros que no se encuentran legalmente en España, reforzando la distinción entre nacionales y extranjeros y entre extranjeros legales o en situación de ilegalidad, estableciendo un régimen penal diferenciado para unos y otros.

Paralelamente y en alineación con lo anterior, se reforma el artículo 108 del Código Penal para establecer, con carácter general, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el juez o tribunal a consecuencia de la comisión de un delito.⁴³⁵

La reforma, siguiendo los dictados europeos y con la finalidad de combatir el tráfico ilegal de personas, también modifica los artículos 318 y 318 bis del Código penal y adapta técnicamente a los mismos, el artículo 188. Con estos cambios se da continuidad a la línea seguida en Europa⁴³⁶ para establecer un marco penal común de ámbito europeo con el objeto de luchar contra la trata de seres humanos y la inmigración clandestina. El Tratado

⁴³⁴ En este sentido, STS 1231/2006, de 23 de noviembre, Sala de lo Penal, Sección 1ª, STS 125/2008, de 20 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª; STS 901/2004, de 8 de julio, Sala de lo Penal, STS 165/2009, de 19 de febrero, Sala de lo Penal, Sección 1ª; STS 470/2009 de 7 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1ª; STS 617/2010, de 22 de junio Sala de lo Penal, Sección 1ª.

⁴³⁵ Apartado IV de la Exposición de Motivos Ley Orgánica 11/2003

⁴³⁶ Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos que deroga la parte relativa a la lucha contra la trata de seres humanos de la Acción Común 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997. Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular.

enuncia como uno de los objetivos de la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos. Esta acción fue recalcada en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, donde se precisó la necesidad de que los derechos penales nacionales acuerden definiciones, inculpaciones y sanciones comunes para una serie limitada de sectores que consideran de especial importancia entre los que se encuentra la trata de seres humanos.

Con la reforma introducida por la LO 11/2003, se incrementa la penalidad, de cuatro a ocho años, al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina⁴³⁷. Estas penas se agravan cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz. Con este aumento de la penalidad, se cumple con los objetivos de armonización de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, donde se establece que, “determinadas sanciones cometidas con ánimo de lucro, serán punibles con penas privativas de libertad cuya duración máxima no podrá ser inferior a ocho años, cuando hayan sido cometidas como parte de las actividades de una organización delictiva o en las que se haya puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción”.

B. La mejora de la protección de las mujeres.

a) En el ámbito penal: la lucha contra las prácticas de mutilación genital femenina.

En la misma línea de adecuación de la legalidad a las nuevas realidades y como respuesta a ellas, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación, con modificación del artículo 149 del Código Penal. Se incluye, en su nuevo apartado 2⁴³⁸, la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta de lesión.

⁴³⁷ Art. 318 bis.1

⁴³⁸ Art. 149.2 del Código Penal “*El que causare a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera*

Este tipo delictivo trasciende a la realidad europea, como parte del fenómeno migratorio. La llegada de personas originales de países en los que estas prácticas, a pesar de estar prohibidas en muchos de ellos, siguen teniendo un fuerte arraigo cultural, ha sido suficiente para que se haya dado la continuidad de las mismas en suelo europeo.

Desde este contexto se analiza la prohibición de esta práctica por constituir un hecho contrario a los derechos fundamentales de las personas, como es el derecho a la vida y a la integridad física y moral⁴³⁹.

En el ámbito internacional y europeo, existen numerosos instrumentos en los que de forma indirecta o expresamente se recoge la repulsa contra este tipo de prácticas en cualquiera de sus manifestaciones. En 1979, se adopta la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, donde por primera vez, en su artículo primero, se define que se entiende por discriminación contra la mujer⁴⁴⁰. En virtud de esta convención se crea un Comité⁴⁴¹ y fruto de éste es la recomendación en la cual se aborda directamente la circuncisión femenina y se recomienda a los Estados miembros que adopten las medidas apropiadas y eficaces encaminadas a erradicar esta práctica⁴⁴². La Asamblea General de la ONU, en su Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993⁴⁴³, parte de la idea de que la violencia contra la mujer

menor o incapaz será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.”

⁴³⁹ Artículo 15 de la CE Capítulo II. Sección I. Consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, se permita ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

⁴⁴⁰ A.G.res 34/180, 34 U.N. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer Artículo 1 “*Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o cualquier otra esfera*”.

⁴⁴¹ Artículo 17 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En esta misma Convención ya se mencionaba en su artículo 5 que: “*Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*”.

⁴⁴² Recomendación número 14 de 1990 del Comité para la discriminación contra la Mujer.

⁴⁴³ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, A/RES/48/104, de 23 de Febrero de 1994

constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e incluye en su artículo 2, entre otras formas de violencia, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer. Esta ha sido la línea mantenida en el ámbito internacional a lo largo de los años⁴⁴⁴.

En lo que al ámbito europeo se refiere, los primeros antecedentes se encuentran en el informe adoptado el 3 de mayo de 2001 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en el que se requiere la prohibición de las mutilaciones sexuales femeninas, considerándolas como un trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De su lado, la Resolución 1247 (2001), de 22 de mayo, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, insta a los Estados miembros a promulgar una legislación específica que prohíba la mutilación genital por tratarse de una violación de los derechos humanos y de la integridad corporal de las víctimas⁴⁴⁵. En septiembre del mismo año, el Parlamento Europeo, en la Resolución sobre Mutilación genital femenina (MGF)⁴⁴⁶, reafirma la condena a estas prácticas por ser una violación de los derechos humanos fundamentales y pide a la Unión Europea y los Estados miembros a que colaboren en la armonización de la legislación existente y, si ésta demuestra no ser apropiada, a que elaboren una legislación específica en la materia. Igualmente se insta a la Comisión, al Consejo y a los Estados Miembros para que adopten medidas relativas a la concesión de permisos de residencia y reconozcan el derecho de asilo a las mujeres, jóvenes y niñas que se encuentren en riesgo de ser mutiladas⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ En el mismo sentido, la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos 14 a 25 junio de 1993, Viena, Austria: la Convención sobre los Derechos del Niño A/RES/44/25 de 20 de noviembre de 1989 (Art.24.3). Destaca la labor llevada a cabo por la Organización Mundial de la Salud, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, la oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de género y el Empoderamiento de las mujeres, entre otras muchas organizaciones, que han definido la mutilación genital femenina como trato inhumano o degradante.

⁴⁴⁵ Carlos PEREZ VAQUERO. “*La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea*”. Diciembre de 2011. Noticias jurídicas.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201112-23513842442538.html>

⁴⁴⁶ Resolución 2001/2035 (INI) de 20 de septiembre de 2001.

⁴⁴⁷ Puntos 14 y 15 de la Resolución 2001/2035 (INI) de 20 de septiembre de 2001

La Directiva 2004/83/CE del Consejo, sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional [...], establece que se pueden tener en cuenta los aspectos de género pero que éstos, por si solos, no dan lugar a la aplicación del artículo 10, lugar donde se determinan los motivos de persecución reconocidos por la Directiva⁴⁴⁸.

Con posterioridad a este conjunto de declaraciones, el Parlamento Europeo incidirá de nuevo en la importancia de erradicar estas prácticas y pedirá a los Estados miembros que garanticen que la mutilación genital femenina se considere un argumento razonable para una solicitud de asilo, a fin de proteger a la solicitante de asilo ante un trato inhumano⁴⁴⁹.

Es cierto que, entre los motivos que determinan la condición de refugiado, no se encuentra la persecución por razón de género⁴⁵⁰. La raza, la religión, la nacionalidad o la pertenencia a un determinado grupo u opiniones políticas son los motivos de acceso a tal condición; sin embargo, en la actualidad es mayoritariamente aceptado que la persecución por causa de género puede subsumirse como un tipo de persecución por pertenencia a un determinado grupo, reinterpretando la legalidad “de conformidad con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y desde una perspectiva de género”⁴⁵¹. En esta línea, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados⁴⁵² (ACNUR) reconoce que los Estados, en el ejercicio de su soberanía, son libres de adoptar la interpretación de que las mujeres en busca de asilo por tratos crueles o inhumanos por haber transgredido las costumbres sociales de las sociedades en las que viven pueden ser consideradas como “un

⁴⁴⁸ Punto 16 Resolución del Parlamento Europeo, 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (2008/2071 (INI)). En el artículo 10 de la Directiva 2004/83/CE se establecen los motivos de persecución.

⁴⁴⁹ Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación actual en la lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres y futuras acciones (2004/2220(INI)) Punto 14.

⁴⁵⁰ Convención de Ginebra sobre los Refugiados y Apátridas de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

⁴⁵¹ Cfr. Carmen MIGUEL JUAN. La mutilación genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de protección internacional. THE AIRE CENTRE. Pp.1 http://www.uv.es/cefd/17/carmen_miguel.pdf

⁴⁵² Las Directrices expuestas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sirven como guía leal interpretativa pero no tienen carácter vinculante.

determinado grupo social” de conformidad a lo dispuesto en el párrafo 2 de la Sección A del artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de Refugiados⁴⁵³.

El concepto de “pertenencia a un determinado grupo social” es uno de los cinco motivos para el reconocimiento de la condición de refugiado⁴⁵⁴ y también es el más complejo de perfilar. El término “pertenencia a un determinado grupo social” debe leerse de una manera evolutiva, abierta al carácter variado y cambiante de los grupos en las diferentes sociedades y a la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos⁴⁵⁵; pero no debe interpretarse como una categoría abierta donde tiene cabida cualquier grupo social, ni tampoco implicar que se pueda reconocer la condición de refugiado exclusivamente por el hecho de ser objeto de persecución.

En la práctica se han seguido diferentes interpretaciones sobre la noción de grupo social a los efectos de la Convención de 1951, primando dos enfoques en la toma de decisiones jurisdiccionales del derecho consuetudinario. El primero atiende a las características protegidas; es decir, a si el grupo está unido por una característica inmutable o tan fundamental para la dignidad humana que nadie debe estar en la obligación de renunciar a éste. Esta característica inmutable tiene que ser innata, como el sexo o la etnia, o fundamental. Desde este enfoque, las mujeres pueden constituir un determinado grupo a los efectos del artículo 1 de la Convención de 1951. El segundo enfoque se refiere a la percepción social, esto es, a si el grupo comparte una característica común que los convierta en un grupo o los distinga del resto de la sociedad. Esta perspectiva también permite la inclusión de las mujeres en los términos descritos.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados considera oportuno que se adopte una única norma que incorpore los dos

⁴⁵³ Conclusión N° 39 1985 del Comité Ejecutivo del ACNUR Las Mujeres Refugiadas y la Protección Internacional.

⁴⁵⁴ Artículo 1ª (2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

⁴⁵⁵ Directrices sobre protección Internacional: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención Sobre el Estatuto de Refugiados y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/02 de 7 de mayo de 2002

enfoques, y define un determinado grupo social como “un grupo de personas que comparte una característica común distinta al hecho de ser perseguidas o que son percibidas a menudo como grupo por la sociedad. La característica será innata e inmutable, o fundamental de la identidad, la conciencia o el ejercicio de los derechos humanos”⁴⁵⁶. Como complemento a esto, el Alto Comisionado ofrece una definición de persecución por motivos de género “para referirse al conjunto de solicitudes en las cuales el género representa una variable de relevancia en la determinación de la condición de Refugiado”. Estas solicitudes “abarcan, generalmente, actos de violencia sexual, violencia doméstica y familiar forzada, mutilación genital femenina, castigo por transgredir los valores y costumbres morales, y discriminación contra los homosexuales”, considerando todas estas formas de violencia como persecución. Esta protección va más allá, de forma que, en los casos en que estas prácticas estén prohibidas por la legislación de un Estado pero este continúe tolerando o condonando dicha práctica o no esté en condiciones de detenerla, la práctica equivaldrá igualmente a persecución ⁴⁵⁷.

El crecimiento de este tipo de prácticas en suelo europeo y fuera de sus fronteras, pero cometido por residentes de terceros países en Europa, ha propiciado que se mantenga y se refuerce esta trayectoria en la normativa comunitaria.⁴⁵⁸ En este sentido, se condena enérgicamente la mutilación genital femenina (MGF) por ser una violación de los derechos humanos fundamentales y una salvaje violación de la integridad y personalidad de las mujeres y las niñas y se insta a la Comisión y a los Estados Miembros a que desarrollen una estrategia integral a todos los niveles para erradicar estas prácticas. Por ello, se considera delito cualquier forma de MGF, independientemente de existir

⁴⁵⁶ Directrices sobre protección Internacional: Pertenencia a un determinado grupo social en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención Sobre el Estatuto de Refugiados y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/02 de 7 de mayo de 2002.

⁴⁵⁷ Directrices sobre protección Internacional: La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención Sobre el Estatuto de Refugiados y/o su Protocolo de 1967. HCR/GIP/02/01 de 7 de mayo de 2002.

⁴⁵⁸ En este sentido, Resolución del Parlamento Europeo, 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en el UE (2008/2071 (INI)) donde se considera que alrededor de 180000 mujeres emigradas a Europa son sometidas o corren el riesgo de ser sometidas a MGF y que en Europa hay unas 500000 mujeres afectadas por la MGF, siendo la ablación particularmente habitual entre las familias de inmigrantes y refugiados y que para practicarla incluso se envía a las niñas a su país de origen.

consentimiento o no de la víctima y se castiga colaborar en su práctica en cualquier grado de participación en los hechos. Igualmente, se busca que rijan el principio de extraterritorialidad para perseguir y castigar a cualquier residente con independencia de donde tengan lugar los hechos y a la posibilidad de adoptar medidas legislativas cautelares y preventivas por los jueces y fiscales⁴⁵⁹.

Dentro del marco descrito y en lo que a protección de estas situaciones se refiere, en la práctica parece existir, sin embargo, cierta reticencia a conceder la condición de refugiada en los supuestos de MGF. En el ámbito de la política europea común de asilo e inmigración, se reconoce que cada vez son más numerosas las solicitudes de asilo por estos hechos pero se considera que conceder el estatuto de solicitantes de asilo no garantiza evitar el riesgo de mutilación genital, una vez que este haya sido concedido.⁴⁶⁰

En el caso de España, la situación no difiere mucho y el tratamiento otorgado a las solicitudes de asilo por razones de género presenta cierto grado de complejidad. El órgano competente para decidir sobre la admisión o inadmisión a trámite de las peticiones de asilo es la Oficina de Asilo y Refugio (OAR). Las solicitudes admitidas a trámite se elevan al Ministerio de Justicia, siendo competencia de este último resolver los expedientes⁴⁶¹. La OAR no siempre reconoce la mutilación genital femenina como una de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre la base de falta de alegación de alguna de las causas que motivan el reconocimiento de la condición de

⁴⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo, 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (2008/2071 (INI)) Punto 1 y sgs.

⁴⁶⁰ Resolución del Parlamento Europeo, 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la UE (2008/2071 (INI)). Punto V).W) 4.) En este sentido, se insiste en la necesidad de examinar caso por caso las solicitudes de asilo presentadas y en velar en que estas se apoyen en un conjunto detallado de pruebas en el que se tenga en cuenta la calidad de la solicitud, la personalidad y credibilidad de los solicitantes de asilo y la autenticidad de los motivos alegados.

⁴⁶¹ La competencia para conocer de los recursos de inadmisión a trámite de una solicitud de Asilo por la OAR corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo según la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (BOE núm. 309 de 26 de diciembre de 2003). Contra sus sentencias cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. La competencia para conocer de los recursos de las denegaciones de asilo y la condición de refugiada del Ministerio de Justicia corresponde a las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y contra las decisiones de estas, cabe recurso de casación ante las Salas de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

refugiado⁴⁶². Contra este tipo de decisiones la única vía es interponer recurso judicial contra la inadmisión a trámite.⁴⁶³

La línea seguida por las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional⁴⁶⁴, aunque no exenta de algún retroceso⁴⁶⁵, es la de mantener que la mutilación genital femenina es un tipo de persecución subsumible en los supuestos que establece la Convención de Ginebra; sin embargo, esto no implica que se conceda la condición de refugiada en estos casos.

Una variable al reconocimiento del derecho de asilo es el reconocimiento de la protección subsidiaria. En este sentido se entiende que “por razones humanitarias o de interés público puede autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada [...]”⁴⁶⁶. La protección subsidiaria aparece definida en la Directiva 2004/83/CE/ del Consejo⁴⁶⁷ en su capítulo V. Entre los requisitos para su obtención se encuentra el sometimiento a tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen⁴⁶⁸. La diferencia principal entre el reconocimiento del estatuto de refugiada o el derecho a la protección subsidiaria radica en que, este último, supone un reconocimiento de derechos menor que el estatuto de refugiada⁴⁶⁹.

⁴⁶² Artículo 5.6 de la ley de asilo.

⁴⁶³ *En este sentido* C. MIGUEL JUAN. *Op. Cit.*, pp. 4 y ss.

⁴⁶⁴ En este sentido Sentencias de la Audiencia Nacional, Sección 1ª de 12 de diciembre de 2002 y de 17 de marzo de 2004.

⁴⁶⁵ En este sentido Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 3ª de 10 de febrero de 2004, sostiene que la mutilación genital femenina no es un motivo para solicitar el asilo.

⁴⁶⁶ Artículo 17.2 de la Ley 5/1984 de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

⁴⁶⁷ Directiva 2004/83/CE/ del Consejo del 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

⁴⁶⁸ Art.15 b Directiva 2004/83/CE/ del Consejo del 29 de abril de 2004. Esta misma protección también se puede obtener en virtud del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁶⁹ En la actual ley de asilo, Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se define la protección subsidiaria como aquel derecho que debe ser dispensando a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su

En última instancia y por lo que al Tribunal Supremo se refiere, del análisis de su jurisprudencia puede concluirse que se reconoce expresamente la mutilación genital femenina dentro de los supuestos que establece la Convención de Ginebra⁴⁷⁰. La línea seguida por el Tribunal va más allá, reconociendo una protección específica a diferentes situaciones de vulnerabilidad por razones de género⁴⁷¹ y determina “que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo”⁴⁷².

La interpretación que el Tribunal hace de la regulación del derecho de asilo del artículo 13.4 de la Constitución española consiste en entender que en el mismo quedan integradas las ciudadanas de otros países que sufren persecución por razón de género, con la finalidad de proyectar en este ámbito el valor esencial de la dignidad humana y los principios jurídicos de igualdad [...] y la protección del derecho de la mujer a desarrollar libremente su

anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley.

⁴⁷⁰En este sentido en la STS 2781/2009 Número de Recurso: 3155/2006 en el Fundamento de Derecho Tercero se establece que “ en STS de 10 de octubre de 2006- RC 6597/2003 recogimos el criterio del ACNUR sobre la práctica de la mutilación o ablación genital [...] concluyendo en dicha sentencia que la huida con la finalidad de evitar esa reprochable práctica de la ablación genital encuentra acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a las que se refiere la Convención de Ginebra.

⁴⁷¹ En este sentido STSS 4013/2011 RC-1789/2009 En esta Sentencia el Tribunal recuerda como el legislador español ha manifestado su designio inequívoco al incluir en los supuestos de persecución a los que alude el artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado “ las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género, según la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007 en su Disposición adicional vigésima novena, y añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en su Disposición adicional tercera. En la misma línea, STSS de 31 de mayo de 2005- RC 1836/2002-, 9 de septiembre de 2005- RC 3428/2002- y 10 de noviembre de 2005- RC 3930/2002), la STS 2781/2009 Número de Recurso: 3155/2006 en el Fundamento de Derecho Tercero, donde se establece que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre otras persecuciones sociales. STSS de 28 de febrero de 2006- RC 735/2003-, 15 de febrero de 2007- RC 9300/2003- y 31 de enero de 2008- RC 4773/2004. la STS 2781/2009 Número de Recurso: 3155/2006 en el Fundamento de Derecho Tercero, en las que se establece que que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entre esas persecuciones sociales.

⁴⁷² (SSTS de 7 de julio de 2005-RC 2107/200- y 8 de julio de 2008- RC 2316/2005) la STS 2781/2009 Número de Recurso: 3155/2006 en el Fundamento de Derecho Tercero

personalidad, quedando prohibidas toda clase de tratos inhumanos o degradantes procedentes de los poderes públicos o particulares⁴⁷³.

En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁷⁴, la protección dispensada se puede obtener a través del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁷⁵, en el que se prohíbe la tortura, los tratos inhumanos o degradantes. El Tribunal admite “que no cabe ninguna duda de que someter a una mujer a la mutilación genital femenina equivale a un trato contrario al artículo 3 de la Convención”⁴⁷⁶; sin embargo, la línea seguida es inadmitir las demandas aunque ordena al Estado demandado a paralizar la expulsión de las recurrentes, indicando medidas cautelares⁴⁷⁷.

b) En el ámbito civil de las mujeres

En un escenario paralelo de respuesta a las nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración, la Ley Orgánica 11/2003 también introduce modificaciones al Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer y sus derechos fundamentales. Se modifica el artículo 107⁴⁷⁸ del Código Civil con el objeto de solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras,

⁴⁷³ STSS 4013/2011 RC-1789/2009 fundamento de derecho 4. En esta sentencia y en la STS 2781/2009 se reconoce el derecho de asilo.

⁴⁷⁴ Para acceder al TEDH es necesario haber agotado los recursos internos.

⁴⁷⁵ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Artículo 3 “*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

⁴⁷⁶ Emily Collins and Ashley Akaziebie Sweden THDH Solicitud N°23944/05 de 8 de Marzo de 2007

⁴⁷⁷ C. MIGUEL JUAN *Cit. Op.*, pp.10

⁴⁷⁸ Artículo tercero de la Ley Orgánica 11/2003. Tres. En artículo 107 del Código Civil quedara redactado del siguiente modo: « Artículo 107. 1. *La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinaran conformidad con la ley aplicable a su celebración.*

2. *La separación y el divorcio se registrarán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.*

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a) *Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.*
- b) *Si en la demanda presentada ante el tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.*
- c) *Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.»*

fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio, estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público. De esta manera, se otorga a las mujeres inmigrantes que residan en España los mismos derechos de separación o divorcio y el consiguiente régimen con relación a los hijos, si los hubiera, que tienen las mujeres de nacionalidad española.

Esta reforma se hacía necesaria. Hasta este momento, el precepto enunciaba como ley aplicable, en primer lugar, la ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda; en defecto de ésta, la ley de residencia habitual común del matrimonio y, en el caso de tener residencia habitual en diferentes estados, preveía la aplicación de la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes⁴⁷⁹ pero no enunciaba regla alguna cuando la ley común de los cónyuges no reconoce estas figuras. En la práctica judicial, este obstáculo se superaba “sobre la base de la no alegación y pruebas por las partes del derecho extranjero aplicable al fondo del asunto, de manera que, a la luz de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo⁴⁸⁰ [...] cuando la ley nacional común no reconoce estas figuras, “deberá juzgarse y fallarse según el derecho material español, como *lex fori*, pero nunca desestimar la demanda propiciando un *non liquet*”⁴⁸¹. No obstante, la falta de regulación explícita no dejaba de provocar inseguridad jurídica en estos supuestos. Será, a raíz de una recomendación del Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia, en la que se solicita la modificación del artículo 107 del código civil. En ésta recomendación se contempla la posibilidad, a instancia de

⁴⁷⁹ Ley 30/1981 de 7 de julio Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. BOE de 20 de Julio de 1981. Establece que la norma específica para la separación judicial y el divorcio en el ámbito del Derecho Internacional Privado se contiene en el artículo 107 del Código Civil.

⁴⁸⁰ En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo 15 de marzo de 1984, 7 de septiembre de 1990, 13 de diciembre de 2000, 5 de marzo de 2002, entre otras.

⁴⁸¹ Cfr. María Dolores ADAM MUÑOZ. “La modificación del artículo 107 del Código civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón del sexo” Ámbitos. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades núm 11 (2004) pp 80“. Ello se deduce del artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que indica que “el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia”.

la parte demandante, de que la separación y el divorcio puedan regirse también por la ley española y no exclusivamente por la ley nacional común de los cónyuges cuando ambos residen en España⁴⁸².

La reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003 ha ido más allá de esta pretensión. En el párrafo segundo del artículo 107 se mantiene prácticamente la misma estructura, constituyendo una norma de “conflicto bilateral en la que se establecen diversos puntos de conexión en cascada o de forma jerarquizada que determina la ley aplicable al divorcio y la separación”, de manera que primero se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En este último punto, “se abandona la aplicación de la ley española como *lex civilis fori*”.⁴⁸³

Independientemente de estos cambios, la reforma legal establece que, en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España, es tres supuestos. El primero de ellos se refiere a si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. El segundo, a si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y, en último lugar, a si las leyes indicadas en el párrafo primero no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público⁴⁸⁴. En este último supuesto estamos en presencia de una «cláusula especial de orden público» que obliga al aplicador del derecho, de forma que, una ley extranjera que es

⁴⁸² Cfr. María Dolores ADAM MUÑOZ *Op. Cit.*, pp 81,82

⁴⁸³ Cfr. María Dolores ADAM MUÑOZ *Op. Cit.*, pp 83

⁴⁸⁴ Los criterios utilizados para aplicar la normativa española, es decir, la residencia habitual en España o la nacionalidad española de alguno de los cónyuges está en línea con el Reglamento (CE) N° 1347/2000 DOCE núm. L 160/19, de 30 de junio de 2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

discriminatoria o contraria al orden público español, debe ser sustituida por la aplicación de la ley española⁴⁸⁵.

En líneas generales, la reforma operada en este ámbito ha sido objeto de algunas críticas por parte de la doctrina, que van desde la idoneidad de la ubicación de la norma, defendiendo que habría sido preferible su inclusión al final del artículo 9.2 del código civil, “junto al resto de los preceptos de Derecho Internacional privado dedicados a los efectos del matrimonio, lográndose así una más lógica ordenación legislativa”, hasta la pérdida de la oportunidad de haber introducido la autonomía de la voluntad en la regulación de las regulaciones privadas internacionales y no aplicando en todo caso la ley española⁴⁸⁶. Desde la perspectiva de este análisis, si bien se comparte la idoneidad de la ubicación dentro del capítulo IV del código civil dedicado a las normas del derecho internacional privado, se discrepa de la opinión en lo referente a la autonomía de la voluntad. Con la reforma se permite acceder a la ley española, pero no se obliga a ello. Distinto es el dato de que se circunscribe este reconocimiento a la condición de español o a la residencia habitual, cuando no debería existir tal condicionamiento. Un hecho es discriminatorio por sí mismo y debería ser causa suficiente en estos supuestos para poder optar por la ley española y no en virtud del tiempo de residencia que se tenga. En este sentido hubiera sido deseable que se incluyera en el artículo 12⁴⁸⁷ del Código civil la discriminación, aclarando que, en ningún caso, tendría aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

C. Los cambios de retroceso: el reforzamiento de los reforzamiento de los procesos de expulsión.

El último cambio efectuado por la LO 11/2003 es la de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta reforma afecta a los

⁴⁸⁵ Cfr. María Dolores ADAM MUÑOZ *Op. Cit.*, pp.85

⁴⁸⁶ Cfr. María Dolores ADAM MUÑOZ *Op. Cit.*, pp. 83 *apud*, DIAGO DIAGO M.P “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad” En el Derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales ob.col. dir por A.L Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz. Madrid 2004 *Op. Cit.*, pp. 277 y 278

⁴⁸⁷ Capítulo IV del código civil dedicado a las normas del derecho internacional privado.

apartados 4 y 7 del artículo 57 y al 62.1 y, según se dispone, el objetivo es mejorar la coordinación, en materia de expulsión, cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal.

Con la modificación operada en el apartado 4 del artículo 57⁴⁸⁸, se extiende la extinción de cualquier autorización existente o en trámite en los casos de expulsión. De esta forma se añade al hecho de que, si la expulsión conlleva, en todo caso, la extinción de cualquier autorización de la que fuese titular el extranjero expulsado, con la modificación se amplía al archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

En lo referente a la modificación operada en el apartado 7 del artículo 57⁴⁸⁹, se traduce en un reforzamiento en el proceso de expulsión. Como consecuencia de esta nueva reforma en los supuestos en que un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, si existe una orden de expulsión debidamente dictada, se autoriza judicialmente la expulsión. Para ello, el artículo 57.7 establece un procedimiento especialmente rápido. Cuando la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en el expediente administrativo, el plazo para dictar dicha resolución judicial no podrá exceder de los tres días. En el caso de coexistir varios procesos penales, el

⁴⁸⁸ Artículo 57.4 “La expulsión conllevara, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado”.

⁴⁸⁹ Artículo 57.7 a) “Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo, que de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

En el caso e que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.ª, 517 y 518 del Código Penal”.

proceso es el mismo, con la salvedad de deber solicitar la autorización de la expulsión a todos los órganos jurisdiccionales que estén conociendo esos procesos.

En la misma línea de reforzamiento de la efectividad de los procesos de expulsión, la reforma del artículo 62.1 prevé varios mecanismos de control que tienen lugar desde el mismo momento en que sea incoado un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión. Esos mecanismos o medidas cautelares son la presentación periódica ante las autoridades competentes, la residencia obligatoria en un determinado lugar, la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad y, por último, el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. En la anterior regulación se circunscribía el internamiento en un centro, cuando el expediente fuera por las causas comprendidas en las letras a y b del apartado uno del artículo 54 y letras a, d y f del artículo 53, todos ellos supuestos de especial gravedad⁴⁹⁰. Con la modificación cualquier causa puede ser motivo para el internamiento de un extranjero.

3.3.3. La Ley Orgánica 14/2003.

A. Una avalancha de cambios legislativos

La tercera reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, es llevada a cabo

⁴⁹⁰ Artículo 54.1 a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana.

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito.

Artículo 53 a) Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos cuando fueran exigibles y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los mismos en los plazos previstos reglamentariamente.

El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana.

por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, que a su vez reforma la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las del Régimen Local; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Según su Exposición de motivos, las modificaciones operadas por esta reforma no afectan ni al catálogo de derechos ni a la estructura de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000; sin embargo, bajo los cambios operados como mejoras en la gestión, una más sencilla ordenación de los flujos migratorios y el reforzamiento de la lucha contra la inmigración ilegal, se esconde un recorte importante en el ámbito de protección de ciertos derechos para los extranjeros, propiciando así la presentación de un nuevo recurso de inconstitucionalidad contra varios de sus preceptos⁴⁹¹. Junto a estos motivos, se alegaban también, para la justificación de la reforma, la necesidad de adaptar la normativa interna en este ámbito a las decisiones adoptadas en el seno de la Unión Europea en los dos últimos años⁴⁹² y la necesidad de incorporar determinadas consideraciones técnicas efectuadas por la sentencia de 20 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo, en la que se anulaban determinados preceptos del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000

⁴⁹¹ Recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004 interpuesto por el Letrado del Parlamento Vasco contra los artículos 1, en sus apartados 31,32,34,35,38,39 y 40; en sus apartados 3 y 5 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/200, de 22 de diciembre, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de su Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁴⁹² Se incorporan las previsiones sobre los transportistas recogidas en la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. En cuanto a la ejecución de resoluciones de expulsión dictadas por otros Estados miembros de la Unión Europea, se adapta nuestra normativa a lo dispuesto en la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001. También se incorpora la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular. En cambio Directivas como la 2000/43 del Consejo de 29 de junio relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un nuevo marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no se mencionan en la ley de extranjería sino en la Ley de acompañamiento de los presupuestos. En este sentido SOLANES A. pp 87

aprobado por Real Decreto 864/2001 de 20 de julio, en términos generales, por imponer restricciones que iban más allá de la exigencia legal⁴⁹³.

B. La continuidad de los juicios de constitucionalidad

Al margen de la adecuación de los motivos invocados, lo cierto es que, con las medidas adoptadas por esta nueva reforma, los derechos de los extranjeros se ven afectados. En el recurso promovido por el Parlamento Vasco contra los arts. 1, apartados 31, 32, 34, 35, 38, 39 y 40 y 3, apartados 3 y 5 de la Ley Orgánica 14/2003, se alega la inconstitucionalidad de estos preceptos por las limitaciones injustificadas de derechos en materia de extranjería, que afectarían principalmente al derecho fundamental a la protección de datos personales que deriva del art. 18.4 CE; a las garantías exigibles a todo procedimiento administrativo en esta materia; al art. 24 CE, y, finalmente, a la libertad personal del art. 17.1 CE así como al derecho fundamental a la intimidad personal, protegido por el art. 18 CE.

Desde la interposición del recurso transcurrirán nueve años, tiempo en el que la Ley 14/2003 será objeto de otras dos reformas, llevadas a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y la 10/2011, de 27 de julio. Aún cuando la primera de ellas si afecta a algunos de los preceptos objeto del recurso, el grueso de las modificaciones no se verán alteradas.

La línea argumental mantenida por el Alto Tribunal es la misma que en ocasiones anteriores, al pronunciarse sobre aspectos que afectan al ámbito de la extranjería, aunque con unos resultados que denotan una distinta orientación. En los fundamentos jurídicos se recuerda la consolidada doctrina acerca de la determinación de la posición jurídica de los extranjeros, a partir de los arts. 10.1 y 13 CE, y la distinción tripartita establecida en cuanto a la

⁴⁹³ STS 1924/2003 Sala de lo Contencioso. Núm. de recurso 488/2001 Se anulan los siguientes artículos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000: artículo 38, el inciso "pudiendo adoptarse en tales casos, como medidas cautelares, algunas de las medidas enumeradas en el artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley 8/2000"; artículo 41.5; artículo 49.2 apartados d) y e) el inciso "en España"; artículo 56.8, el inciso "o de expulsión"; artículo 57.1; artículo 84.2; artículo 84.6; artículo 117.2; artículo 127.2.c; artículo 130.2; artículo 130.6; artículo 136.3; artículo 138.1.b en el inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta".

titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España que, en todo caso, dependerá del concreto derecho afectado.

El recurso de inconstitucionalidad, en lo que se refiere a la vulneración del derecho fundamental a la protección de datos reconocido en el art. 18.4 CE, recurre los apartados 35 y 40 del art. 1 así como a los apartados 3 y 5 del art. 3 de la Ley Orgánica 14/2003, en lo relativo al acceso, cesión y comunicación de datos de carácter personal. La Sentencia pone de manifiesto que no existe duda sobre la titularidad del derecho de los extranjeros, sin embargo, como derecho de configuración legal, admite limitaciones en su ejercicio. Estas se encontraran, a su vez, delimitadas por el contenido constitucionalmente declarado y deberán encontrar su fundamento en otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. En este sentido, *“el contenido del derecho a la protección de datos personales incorpora un poder de disposición y control sobre los datos personales, [...] como parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, y se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Por ello, [...] el tratamiento de los datos de carácter personal se ha de fundamentar en el consentimiento de su titular, facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional, de modo que esa limitación esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley”*⁴⁹⁴. Este último inciso será, en términos generales, la pieza clave para el pronunciamiento del Tribunal a la hora de resolver sobre los preceptos objeto del recurso. El hecho de que las limitaciones se establezcan por Ley, sean proporcionadas y estén justificadas en otros bienes o derechos constitucionales será determinante para apreciar su constitucionalidad.

En este estado de cosas, el primer aspecto objeto de impugnación de la Ley Orgánica 14/2003 se refiere a las obligaciones impuestas a los transportistas. La impugnación se circunscribe al apartado 1 y al segundo

⁴⁹⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 1463-2000, promovido por el Defensor del Pueblo respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

párrafo del apartado 2 art. 66 LOEx, en los cuales se establece la obligación de remisión de información por parte de los transportistas. Nada se alega, en cambio, contra otras previsiones contenidas en el precepto, que imponen unas obligaciones para el transportista que, desde la perspectiva de este estudio, pueden plantearse como inconstitucionales. La referencia a la obligación de “tener a su cargo al extranjero” y garantizar al mismo unas condiciones de vida adecuadas, mientras esta situación permanezca⁴⁹⁵ no solo obliga y otorga al mismo tiempo una potestad de control que no corresponde a las compañías de transporte o transportistas sino que además afecta directamente al derecho a la libertad que, si bien, podría alegarse que el control sobre la entrada goza de relevancia constitucional, no parece conforme a la CE que la privación de libertad pueda ser llevada a cabo por cualquiera.

La constitucionalidad de los apartados impugnados en el recurso encuentra su justificación, proporcionalidad y finalidad en evitar que se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España, situaciones que deben darse con pleno respeto a la ley y que gozan de relevancia constitucional. Esto, en palabras del Tribunal, no solo sería consecuente con la perspectiva constitucional, sino que se ajustaría con el cumplimiento de los compromisos asumidos en los convenios internacionales ratificados por España⁴⁹⁶. Por todo ello, el Tribunal entiende que no hay vulneración de los preceptos constitucionales alegados⁴⁹⁷.

Dentro del ámbito de la protección del derecho fundamental a la protección de datos, en el art. 3, apartados 3 y 5, de la Ley Orgánica 14/2003 se introducen modificaciones en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (en adelante, LBRL) relativas a la cesión y acceso a los datos del padrón municipal, en tal sentido, se establece que *“Los datos del Padrón Municipal se cederán a otras Administraciones públicas que lo soliciten sin*

⁴⁹⁵ Apartado 3. c) y d) art. 66 LOEX, en la redacción que al mismo ha dado el art. 1.35 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

⁴⁹⁶ Arts. 4, 6 y 26.1.b) del Acuerdo relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985 y al que España se adhirió por protocolo de 25 de junio de 1991. Posteriormente a la LOEX, esta Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas

⁴⁹⁷ Art 18.4, art. 24 y art. 17.1 CE

consentimiento previo al afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes [...]” ⁴⁹⁸. En lo referente al apartado 5, se habilita el acceso a la Dirección General de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros con la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas sobre control y permanencia de extranjeros en España. En ambos supuestos se rechaza la inconstitucionalidad de los preceptos. El Tribunal Constitucional entiende que la omisión del consentimiento del afectado para la cesión de sus datos de carácter personal no se ve afectada, porque el acceso en ausencia del mismo es respetado al regularse en una norma con rango de ley, tal y como establece el art. 11.2 a) LOPD y siempre bajo el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal. En la misma línea argumental, determina que las medidas adoptadas obedecen a finalidades legítimas de modo que es necesario que se dispongan, de un lado, los medios que “impidan las entradas ilegales en España y, de otro, eviten las estancias sin título jurídico válido, estableciendo la salida obligatoria del extranjero que carece de él y se encuentra en España en situación irregular”⁴⁹⁹. No obstante, las limitaciones establecidas deben responder a las exigencias de proporcionalidad que se exige en la limitación de un derecho fundamental, como es el relativo a la protección de datos de carácter personal.

Para concluir, dentro del ámbito del derecho a la protección de datos, en lo referente al acceso a la información y colaboración entre Administraciones públicas⁵⁰⁰, el Alto Tribunal entiende que se han respetado todas las previsiones legales y añade que debe entenderse siempre en referencia a un determinado expediente en el que resulta necesaria la constancia de determinado dato que ya obra en poder de otro órgano de la Administración General del Estado y nunca como un acceso masivo o indiscriminado. Esta interpretación conduce al Tribunal a determinar que el segundo párrafo de la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000 introducido por el art.

⁴⁹⁸ Art.3.3 de la Ley Orgánica 14/2003

⁴⁹⁹ STC 17/2013 de 31/01/2013 FJ 9

⁵⁰⁰ Disposición adicional quinta LOEX, introducida por el art. 1.40 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

1.40 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, es constitucional siempre que se interprete en estos términos⁵⁰¹.

En el voto particular que se formula⁵⁰², se pone de manifiesto las discrepancias en lo relativo a la impugnación de la regulación del acceso por parte de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el padrón. La discrepancia se basa en un aspecto nuclear del sistema de garantías constitucional, es decir, “la calidad de la ley como exigencia material impuesta al legislador de los derechos fundamentales con el fin de respetar el principio de reserva de ley y el contenido esencial del derecho fundamental concernido” según el 53.1 CE. Se trata, en definitiva, de la necesidad de que las medidas limitativas de derechos fundamentales se regulen “con un grado de determinación y certeza suficiente para evitar que se genere grave inseguridad o incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva”. En este sentido, existen indeterminaciones en la norma impugnada en relación con el sujeto habilitado para el acceso, así como con la forma, objeto y garantías del acceso o sobre las medidas de seguridad que se establecerán en el acceso a los datos. A esto se suma el hecho de que la inscripción en el padrón es un instrumento que permite el ejercicio de diversos derechos fundamentales para los extranjeros; sin embargo, con el amplio margen de acceso proporcionado por la Ley, se desvirtúa la finalidad de este como parámetro de acceso para el ejercicio de los mismos. De ahí la necesidad de la proporcionalidad y de la calidad de la ley, de modo que, “la indeterminación de una ley que regula una medida restrictiva de derechos fundamentales no puede ser suplida por una interpretación conforme porque, en ese caso, el principio de interpretación conforme vaciaría de contenido el principio de reserva legal que tan claramente invoca nuestra jurisprudencia previa en materia de protección de datos personales”⁵⁰³.

⁵⁰¹ STC 17/2013 de 31/01/2013 FJ 7

⁵⁰² Voto particular que formula el Magistrado Don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004 al que se adhieren las Magistradas, doña Adela Asua Batarrita y doña Encarnación Roca Trías, y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

⁵⁰³ En el razonamiento del Voto emitido se recuerda como otros Tribunales Constitucionales antes se han pronunciado en este sentido.[Sentencia de la Sala Primera del Tribunal

Junto a los preceptos examinados, existen igualmente otros aspectos recurridos que afectan a otra escala de derechos. Así, los apartados 38 y 39 del art. 1 de la Ley Orgánica 14/2003, a los cuales se les imputa la reducción del nivel mínimo de garantías jurídicas, al introducir dos especialidades en el procedimiento administrativo común, consistentes en la obligación de comparecencia personal para la presentación de las solicitudes de autorización de residencia y trabajo. La posición del Tribunal a este respecto es clara, admitiendo según su doctrina la existencia de previsiones procedimentales específicas *ratione materiae*⁵⁰⁴ y la justificación y proporcionalidad de las medidas en orden a una mayor eficacia en la gestión de los procedimientos administrativos en materia de extranjería.

Igualmente, se impugnan los apartados 1, 4, 7 y 8 de la disposición adicional cuarta, relativos a la inadmisión a trámite de solicitudes. El Tribunal, aun cuando discrepe con la norma cuestionada, determina que no carece de justificación, al intentar dificultar el uso fraudulento de los procedimientos en materia de extranjería, que encuentra su causa última en el control de los flujos migratorios y en la entrada y permanencia en situaciones de normalidad.

En otro orden de cosas, en el recurso también se impugnan los apartados 31, que modifica el apartado 5 y añade un nuevo apartado 6 al art. 58 LOEX, y 34, que introduce un nuevo apartado 3 en el art. 64 LOEX, del art. 1 de la Ley Orgánica 14/2003. Los arts. 58.5 y 6 LOEX impugnados se refieren a la medida de internamiento y a los plazos de prohibición de entrada⁵⁰⁵; el 64.3 LOEX, de su lado, prevé la ejecución inmediata de expulsión si existe una resolución previa de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea. En este caso, el Tribunal declara inconstitucional el inciso «*Asimismo, toda*

Constitucional Federal alemán de 11 de marzo de 2008 (BVerfG, 1 BvR 2074/05, de 11.3.2008, 153)]

⁵⁰⁴ STC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 10 c) y doctrina allí citada

⁵⁰⁵ «5. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

6. La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.»

devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este art. llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años» del art. 58.6 LOEX por no respetar la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE, desestimando la inconstitucionalidad para el resto de supuestos.

Para terminar, también serían objeto de impugnación los apartados 1 y 2 del art. 62 quinquies LOEX, precepto introducido por el art. 1.32 de la Ley Orgánica 14/2003 sobre medidas de seguridad en los centros de internamiento de extranjeros. En estos supuestos se habilita a la autoridad del centro de internamiento el llevar a cabo inspecciones y registros y a la posibilidad de utilizar medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual. Por tanto, la inconstitucionalidad se alega en relación a no haber observado los límites a los derechos inherentes a la dignidad humana, como son el derecho a la intimidad personal en las situaciones de internamiento y el derecho a la libertad personal y las garantías del procedimiento sancionador en los supuestos de «aislamiento». En el primer caso, el Tribunal pone de manifiesto que las limitaciones al derecho a la intimidad personal del art. 18 CE derivadas del precepto impugnado serán proporcionadas cuando resulte imprescindible ante situaciones concretas que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, “viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro” ⁵⁰⁶, extremos estos últimos que no se encuentran en la Ley pero que sirven de base al Tribunal para no declarar la inconstitucionalidad. El voto particular emitido en la sentencia pone de manifiesto las insuficiencias constitucionales del precepto y a su disconformidad con que tales insuficiencias puedan ser salvadas por la vía de una interpretación conforme, argumentándose que, “la falta de calidad de ley es tan abrumadora en este caso que hubiera debido determinar una declaración inconstitucionalidad del precepto por vulneración del art. 18.1 CE”. El mismo argumento es extensible al pronunciamiento sobre

⁵⁰⁶ STC17/2013. FJ 14

el art. 62 apartado segundo quinquies LOEx, en el que ni siquiera se contiene una limitación temporal absoluta a esta situación de separación preventiva.

En conclusión, puede decirse que de la lectura de la sentencia se desprende un cambio de orientación en la interpretación del Alto Tribunal respecto a los derechos de los extranjeros. En términos generales, se hace prevalecer el respeto a la legislación sobre entrada, estancia y residencia en España, como bienes que gozan de relevancia constitucional frente a cualquier otro derecho de configuración legal, en una sentencia que parece más bien adecuar su interpretación a los términos establecidos por el legislador ordinario que a las necesidades de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales que por atribución constitucional pertenecen igualmente a los extranjeros.

3.3.4. *Ley Orgánica 2/2009: los intentos de mejorar los procesos de integración.*

La Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social es nuevamente reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre⁵⁰⁷. Llegados a este punto, de las reformas que ha sido objeto la Ley 4/2000, la más importante es, sin duda, la llevada a cabo por la Ley 8/2000. Algunas de las modificaciones operadas por aquella trascienden ahora en la reforma de la Ley 2/2009. En este sentido, entre las causas que justifican la reforma se encuentra la necesidad de incorporar la jurisprudencia del TC⁵⁰⁸ que, como se ha visto, declaró inconstitucional las modificaciones de varios artículos llevados a cabo por la Ley 8/2000. La LO 2/2009 incorpora esta doctrina, reconociendo el derecho a sindicarse libremente y a afiliarse a una organización profesional y el derecho de huelga a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa y en los mismos términos que a los trabajadores españoles⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm 299 12.12.2009.

⁵⁰⁸ Entre otras la STC 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre.

⁵⁰⁹ El artículo 11 queda redactado de la siguiente manera: “1. *Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse en una organización profesional, en las mismas condiciones que*

En la misma línea de actualización, con esta reforma se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas aprobadas con posterioridad a la última reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero, realizada en diciembre de 2003⁵¹⁰. En este orden de cosas, cabe destacar la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, que tiene como principales objetivos conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y obligaciones así como la ratificación del Convenio nº197 del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

La última causa que, en términos de la ley, justifica la reforma, hace referencia a la necesidad de adaptar la misma a la nueva realidad migratoria. Los objetivos en este sentido van dirigidos, por un lado, a la canalización de los flujos migratorios, ajustándolos a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo y, por otro lado, a la adopción de medidas que favorezcan la plena integración de los inmigrantes y la cohesión social entre éstos y la población autóctona⁵¹¹.

En lo que se refiere a la incorporación de la doctrina del Tribunal Constitucional, la lógica del reconocimiento de los derechos de libertad sindical y el derecho de huelga, llevado a cabo por éste, como se vio anteriormente,

los trabajadores españoles.2.Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles”.

⁵¹⁰ Directiva 2003/110/CE de 25 de noviembre de tránsito y repatriación aérea; Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre de Residentes de larga duración; Directiva 2004/81/CE de 29 de abril de 2004 sobre la autorización de residencia a las víctimas de trata de seres humanos; Directiva 2004/82/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; Directiva 2004/114/CE de 13 de diciembre de requisitos de admisión por razones de estudio, intercambio, prácticas o voluntariado; Directiva 2005/71/CE de 12 de octubre del procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; La Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

⁵¹¹ En cuanto al desarrollo reglamentario, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en su Disposición Final tercera, habilita al Gobierno a dictar las disposiciones que resulten necesarias aprobar el nuevo Reglamento de Extranjería. En virtud de esto, se aprueba el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, derogando el Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

gira en torno a la vinculación de los mismos con la dignidad humana y encuentra su apoyo tanto en la Constitución⁵¹² como en los diversos instrumentos internacionales ratificados por España⁵¹³.

En la misma línea de extrapolar la doctrina del Alto Tribunal pero, en un sentido contradictorio, se modifica el derecho a la educación. Como se vio anteriormente, el pronunciamiento del Tribunal en este punto no dejaba lugar a dudas, declarando inconstitucional y nulo el inciso que hacía referencia a la residencia, por ser contrario al derecho a la educación garantizado en el Art.27.1 CE, en el que se reconoce un derecho a la educación con carácter general, con independencia de la condición de nacional o extranjero o de la situación de legalidad o ilegalidad en España.

La reforma operada no respeta el mandato constitucional y continúa estableciendo diferenciaciones por razón de la residencia⁵¹⁴, abriendo nuevamente la posibilidad para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra esta nueva regulación del derecho de educación. Este hecho ya fue advertido en el Dictamen del Consejo de Estado al texto del anteproyecto de la LOEX, donde se propuso incorporar una regla general que contenga que «todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, incluidos los Tratados Internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento interno (Art.96.1º, Constitución Española) especialmente la Convención de los Derechos del Niño»⁵¹⁵. No obstante, esta recomendación fue obviada por el legislador.

En cuanto al resto de modificaciones que se introducen en la LO 4/2000, de 11 de enero, en el Título Preliminar se incluyen dos importantes

⁵¹² Art.13.1, art 10.2, art. 28 CE

⁵¹³ Art.11 del CEDH, art.23.4 Declaración universal de los Derechos Humanos, Art 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convenio núm. 87 de la OIT Convenio núm. 143 de la OIT sobre Trabajadores migrantes, entre otros.

⁵¹⁴ En la nueva redacción dada al derecho de educación se establece, artículo 9. punto 2 “*Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles*”.

⁵¹⁵ Cfr. Pascual AGUELO NAVARRO La reforma de la Ley de extranjería. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Núm. 22 *Op. Cit.*, pp. 102

cambios. Por un lado, un nuevo artículo 2 bis, en el que se define la política migratoria del Gobierno y los principios que deberán regir para éste y para las Comunidades autónomas y Entes locales en aquellas competencias que sean asumidas por los mismos y, por otro lado, un nuevo artículo 2 ter que establece las actuaciones que será llevadas a cabo en materia de integración de los inmigrantes, [...] “en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley”⁵¹⁶.

Se trata de una definición esperada, ya que el concepto de integración sólo figuraba en el título de la ley y en alguna breve referencia⁵¹⁷ por lo que su invocación resultaba puramente retórica y vacía de contenido. Es una definición abierta en la que tienen cabida diferentes modelos de convivencia y donde se “formula la integración como un principio general, con efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento”⁵¹⁸.

El concepto de integración que determina la reforma tiene carácter bidireccional, entendiendo que la integración social de los inmigrantes debe ser llevada a cabo mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía y distinguiendo, como factores esenciales de integración, las acciones formativas dirigidas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, de los valores de la Unión Europea, de los derechos Humanos y las libertades públicas, entre otros, y el desarrollo de medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales y el acceso al empleo. Educación, trabajo y aprendizaje de la lengua parecen constituir la base para la integración.

Sin lugar a dudas, la reforma operada en este sentido supone un avance en el camino hacía una auténtica ley de inmigración pero sigue quedando mucho por recorrer en lo que integración se refiere.

⁵¹⁶ Art. 2.ter.1

⁵¹⁷ Art. 9.4 LODYLE “[...]una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural”

⁵¹⁸ Cfr. Eliseo AJA FERNANDEZ. En “Comentarios a la reforma de la ley de extranjería” Diego BOZA, Francisco Javier DONAIRE VILLA, David MOYA MALAPEIRA. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011 *Op. Cit.*, pp.26

En este sentido, en el Título I se introducen modificaciones en el marco de los derechos y obligaciones de los extranjeros, estableciendo un sistema progresivo de acceso a los derechos basado en el status jurídico. Este acceso se verá incrementado en función del tiempo de residencia legal. Con esto se incorpora “el componente subjetivo de integración, como baremo para la progresión en los diferentes estatus de extranjería”⁵¹⁹.

El resto de la reforma afecta principalmente, entre otros aspectos, por un lado, al derecho de reagrupación familiar y a los beneficiarios de la misma. En este sentido, se establecen límites a la reagrupación de los ascendientes, sin embargo, se expande a aquellos con una relación de afectividad análoga a la conyugal, facilitando, al mismo tiempo, el acceso de éstos al mercado laboral. Y por otro lado, se introducen modificaciones en el régimen de infracciones y sanciones. De este modo, se establecen nuevas infracciones, incluyendo en el ámbito de la penalización, una ampliación del plazo de internamiento, que pasa de cuarenta a sesenta días y un aumento de las sanciones económicas.

Por último y como hecho destacable, se institucionaliza la Comisión laboral Tripartita como cauce para establecer el dialogo con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en materia de inmigración.

3.3.5. La última reforma, por el momento: la Ley Orgánica 10/2011.

La última reforma de la Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ha sido llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio. A diferencia de en ocasiones anteriores, los cambios introducidos con esta reforma están dirigidos a una ampliación de los derechos de dos grupos de especial vulnerabilidad, las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género⁵²⁰ y las víctimas de trata de seres humanos⁵²¹

⁵¹⁹ Cfr. Diego BOZA, Francisco Javier DONAIRE VILLA, David MOYA MALAPEIRA. “Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011 *Op. Cit.*, pp.18

⁵²⁰ Art. 31 bis, apartado 2.

⁵²¹ Artículo 59 bis apartados 2 y 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

adaptando así la normativa a la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes⁵²².

Las medidas adoptadas en ambos casos responden a la necesidad de adecuarse a la realidad que deben ser aplicadas. En el caso de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, la reforma se dirige a hacer primar los derechos a la integridad física y moral de la mujer, así como su derecho a la tutela judicial efectiva, frente a una sanción por estar en situación de irregularidad. A este respecto, las medidas de protección articuladas implican la posibilidad de solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales por la mujer maltratada, extensiva a sus hijos mayores de 16 años y la concesión automática de una autorización provisional de residencia y trabajo para la mujer y sus hijos, que resuelva interinamente su situación hasta que se emita la resolución judicial relativa a la denuncia por violencia de género. Con estas medidas se busca que en los casos de maltrato, las mujeres no dejen de denunciar estas situaciones porque ello pueda implicar poner al descubierto en muchos casos su situación de irregularidad.

Respecto a las víctimas de trata de seres humanos, la protección se amplía a los hijos de la víctima que se encuentren en España o a cualquier otra persona que mantenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza con la víctima con el fin de garantizar su cooperación. En estos supuestos, se establecerá un período de restablecimiento y reflexión de, al menos, treinta días, para que la víctima pueda decidir si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Durante

⁵²² España fue condenada por la STJCE (Sala Sexta) de 14 de mayo de 2009. Asunto C-266/08 en el Fallo de la misma se establece “*Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, al no haber adoptado todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva y al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones de Derecho interno que supuestamente contribuyen a llevar a efecto tal conformidad*”.

el período de restablecimiento y reflexión así como durante la fase la identificación de las víctimas no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y, en su caso, se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o la ejecución de la expulsión o devolución que se hubieren acordado. Durante el período de restablecimiento y reflexión, se autorizará la estancia temporal y, en su caso, de trabajo por circunstancias excepcionales siendo extensibles estas autorizaciones en los supuestos determinados por la ley. Como garantía adicional, se establece que la resolución de denegación o revocación del periodo de restablecimiento y reflexión deberá ser motivada, así como que dicha resolución será recurrible conforme a las normas que regulan el procedimiento administrativo común.

3.4. *A modo de conclusión.*

El marco legal expuesto hasta aquí, tras casi treinta años desde la primera ley de extranjería, evidencia la complejidad del ámbito afectado. Las constantes reformas, los recursos de inconstitucionalidad, que no dejan de recordarnos que los derechos fundamentales de los extranjeros son vulnerados y las declaraciones de nulidad del Tribunal Superior de Justicia, muestran la falta de acierto de la normativa de extranjería. Esto obedece desde la perspectiva de este estudio a dos factores principalmente y sin ánimo de ser excluyentes, por un lado y salvo en algunos aspectos elogiados, la falta de adecuación de la ley a la realidad que debe ser aplicada y, por otro, el hecho de haber dado un tratamiento al fenómeno migratorio desde la perspectiva principal del control y la sanción, dejando en un segundo plano, la integración, núcleo central y bidireccional para que los «unos» y los «otros» puedan convivir en un marco legal y social donde prime el respecto a los derechos fundamentales de las personas.

CAPÍTULO III

EL EJERCICIO DEL DERECHO AL TRABAJO Y DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS DE LOS TRABAJADORES EXTRACOMUNITARIOS

1. El Derecho al Trabajo fuera del marco nacional

1.1. *Introducción*

En el momento actual, el derecho al trabajo se ha convertido probablemente en uno de los más devaluados dentro del Estado social y democrático de Derecho. Su concepción como derecho, siempre compleja, ha sido objeto de los más destacados instrumentos internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge un reconocimiento generalizado, determinando que “toda persona tiene derecho al trabajo”, conectando el mismo, con la libertad de elección, la prohibición de la discriminación, la dignidad humana y con el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses⁵²³. El límite en el ejercicio de estos derechos “estará solamente sujeto a las limitaciones establecidas por la ley”, con un único fin, el de “asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”⁵²⁴.

En la misma línea y en desarrollo de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a trabajar como aquel “que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” con la correlativa obligación de los

⁵²³ Art. 23 De la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948

⁵²⁴ Art. 29.2 DUDH

Estados parte de adoptar las medidas adecuadas para garantizar este derecho⁵²⁵.

Si se trasciende al espacio europeo, en concreto, al ámbito del Consejo de Europa, se observan los mismos principios inspiradores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La finalidad del Consejo no es otra que salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen el patrimonio común de sus miembros y favorecer su progreso económico y social; finalidad que será perseguida con acciones en el campo económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, todo ello, con la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales⁵²⁶. En este sentido, dentro de su ámbito de actuación el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece que “uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, las cuales, “constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo”⁵²⁷.

1.2. La Carta Social Europea

Junto al CEDH y como complemento al mismo, se desarrolla la Carta Social Europea⁵²⁸ que constituye probablemente “el instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales”⁵²⁹. La adopción separada de ambos documentos obedece a la complejidad, siempre presente, en los derechos sociales y económicos en términos de

⁵²⁵ Art.6 Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966. Esta concepción del derecho al trabajo aparece acompañada de una serie de derechos laborales en su art.7 y 8, tales como un salario equitativo, igualdad de oportunidades, el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, entre otros.

⁵²⁶ Art. 1 Del Estatuto del Consejo de Europa creado a través del Tratado de Londres, 5 de mayo de 1949.

⁵²⁷ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente

⁵²⁸ Turín, 17 de octubre de 1961. En 1988 se incorpora un Protocolo adicional y en 1966 se adopta un nuevo texto, Carta Social Europea (Revisada)

⁵²⁹ Cfr. Jean- Michel BELORGEY “La carta social europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”. Revista de Derecho Político, 2007 nº70 pp 349

efectividad. A pesar de esto, el CEDH también incluye alguna referencia al derecho del trabajo, contemplando la prohibición del trabajo forzado u obligatorio y el derecho de afiliación sindical y de fundación de sindicatos⁵³⁰. La Carta Social Europea, en cambio, contiene un completo elenco de derechos de contenido laboral, siendo uno de sus objetivos principales, la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado posible y estable del empleo⁵³¹.

A estos efectos, los Estados firmantes de la CSE quedan vinculados por una serie de derechos y obligaciones, tales como, asegurar el efectivo derecho al trabajo, unas condiciones de trabajo equitativas, a la promoción de la libertad sindical de los trabajadores y empleadores, a la negociación colectiva, a la seguridad social o a garantizar, entre otros, el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia en el territorio de cualquier otra parte⁵³².

El ámbito de aplicación personal que se establece en el Anexo de la Carta Social Europea se circunscribe a los extranjeros nacionales de los Estados Parte que residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de otro Estado Parte⁵³³; semejante declaración, sin embargo, no impide su extensión a otros titulares. Este es el sentido que se desprende de las Conclusiones que emite el Comité Europeo de Derechos Sociales⁵³⁴, en las que se verifica el respecto de los derechos contenidos en la Carta por parte de los Estados signatarios, declarando la conformidad o no conformidad de las

⁵³⁰ Art.4 y art.11.1 CEDH respectivamente

⁵³¹ Art. 1 Carta Social Europea

⁵³² Art. 1, 2, 5, 6, 12 y 19 respectivamente de la CSE.

⁵³³ Carta Social Europea (Revisada) Anexo. 1 *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19. Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes”*.

⁵³⁴ Organismo adscrito al Consejo de Europa que se encarga de verificar el cumplimiento de la Carta Social Europea. Sus Conclusiones y Decisiones de fondo tienen carácter vinculante. Las materias a observar de la CSE se dividen en cuatro grupos temáticos de derechos. Cada año las Partes contratantes remiten un informe sobre el grupo correspondiente a ese año, emitiéndose las Conclusiones cada cuatro años. Para un estudio pormenorizado María del Carmen SALCEDO BELTRAN *Incumplimientos por España de la Carta Social Europea. Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Fundación 1 de mayo. Estudios Revista nº82 Febrero 2014.

medidas legislativas adoptadas por los mismos. El Comité ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones a este respecto señalando que, la restricción del ámbito de aplicación personal incluido en el Anexo de la Carta no debe interpretarse de tal modo que prive a los extranjeros que entran en la categoría de inmigrantes ilegales de la protección de los derechos más básicos consagrados en la Carta, de modo, que se menoscaben sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a la integridad física o el derecho a la dignidad humana⁵³⁵.

La posición del Comité a este respecto es contundente: la Carta es un tratado de derechos humanos que tiene como objetivo poner en práctica a nivel europeo, como complemento de la Convención Europea de Derechos Humanos, los derechos garantizados a todos los seres humanos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁵³⁶.

1.3. El derecho Europeo

Descendiendo al ámbito de la Unión Europea son varios los instrumentos que conforman el marco con incidencia en el ordenamiento laboral. Dentro de su ámbito, se encuentran los “dos Tratados”, el Tratado de la Unión Europea y el de Funcionamiento de la Unión Europea⁵³⁷, completados con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵³⁸. En el ámbito específicamente laboral, se encuentra la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁵³⁹.

El Tratado de la Unión Europea comienza afirmando en su Preámbulo la “adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea [...] y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores” inspirada en los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, la libertad,

⁵³⁵ Decisión sobre el fondo: Defensa de los Niños Internacional (DNI) contra Bélgica. Denuncia colectiva nº 69/2011. Anteriormente en Defensa de los Niños Internacional contra los Países Bajos, comunicación N ° 47/2008

⁵³⁶ Decisión sobre el fondo: Defensa de los Niños Internacional (DNI) contra Bélgica. Denuncia colectiva nº 69/2011

⁵³⁷ Modificados por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007

⁵³⁸ Estrasburgo 12 de diciembre de 2007

⁵³⁹ Estrasburgo 9 de diciembre de 1989

la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho. Entre sus objetivos se encuentra el desarrollo de una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social⁵⁴⁰.

En el Tratado se afirma igualmente el derecho de toda persona a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida y aceptada. Este reconocimiento universalista del derecho se relativiza cuando se trata de nacionales de terceros países. Para estos, el derecho a trabajar en un Estado miembro requiere una autorización previa que, una vez obtenida, les permite trabajar en unas condiciones laborales equivalentes a aquellas de las cuales disfrutaban los ciudadanos de la Unión⁵⁴¹. En la misma línea de reconocimiento condicionado, el Tratado recoge la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Unión sin discriminación por nacionalidad respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo, libertad circunscrita, a los trabajadores de los Estados miembros⁵⁴².

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en alineación con el anterior, cuenta entre sus objetivos el asegurar “el progreso económico y social” y “la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo”⁵⁴³. En este sentido, en sus disposiciones de aplicación general se determina que la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, con un nivel elevado de educación y protección de la salud humana⁵⁴⁴.

El Tratado contiene igualmente la prohibición de discriminación que, en el caso de la nacionalidad, aparece unida a la categoría de ciudadanía europea⁵⁴⁵. En este sentido, se define como ciudadano de la Unión a “toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. El reconocimiento de la condición de ciudadano europeo se convierte en el

⁵⁴⁰ Art. 3 TUE Versión consolidada

⁵⁴¹ Art. 15 TUE Versión consolidada

⁵⁴² Art. 45 TUE

⁵⁴³ Preámbulo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁵⁴⁴ Art 9. Título II del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

⁵⁴⁵ Segunda Parte Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *No discriminación y ciudadanía de la Unión. Arts. 18 a 25*

parámetro de atribución de los derechos en términos de igualdad. Esta vinculación es extensible a los trabajadores. El principio de no discriminación por nacionalidad en lo relativo a la libertad de circulación de los trabajadores dentro de la Unión, para el acceso al empleo, en materia de retribuciones o para el resto de las condiciones de trabajo⁵⁴⁶, solo es predicable en términos de igualdad para los trabajadores que ostentan la nacionalidad de uno de los Estados miembro.

El Tratado dedica su Título X a la Política Social. En él se marca como objetivo “el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”⁵⁴⁷, estableciendo una serie de acciones en materia laboral encaminadas a la consecución de este objetivo⁵⁴⁸.

Dentro del ámbito de la Comunidad Económica Europea y en el marco estrictamente laboral, se encuentra la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Su aparición se debe a una toma de conciencia sobre la necesidad de otorgar a los derechos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos a través de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los

⁵⁴⁶ Art.45 Trabajadores. Título IV. Capítulo 1. Libre circulación de personas, servicios y capitales

⁵⁴⁷ Art. 151 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁵⁴⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Art. 153.1. “*Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:*

a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; C 83/114 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010 ES f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166;

i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)”.

trabajadores⁵⁴⁹. En este sentido contempla una serie de derechos en el ámbito laboral⁵⁵⁰ que constituyen una declaración de mínimos para todos los Estados miembro dado que su aplicabilidad se remite a las legislaciones nacionales y a las iniciativas que la Comisión, en el marco de sus competencias, pueda presentar en aras de la adopción de instrumentos jurídicos con aplicación efectiva.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea retoma estos derechos, inspirándose en los mismos valores de la dignidad humana, libertad, igualdad y solidaridad y en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. En ella se contiene un amplio elenco de derechos, reafirmando los ya plasmados en los «dos Tratados». El art. 15 de la Carta reconoce el derecho al trabajo y a la libertad profesional a toda persona. A renglón seguido, este reconocimiento universalista de los derechos cede ante la categoría de ciudadanía de la Unión⁵⁵¹. La universalidad del derecho al trabajo, la prohibición de discriminación por nacionalidad o derechos tales como la libertad de circulación o residencia solo es predicable para los ciudadanos de los Estados miembro⁵⁵². El derecho al trabajo, en la práctica, se configura más como una libertad que como un derecho subjetivo que coloca a su titular en posición de exigir su realización efectiva. En cualquier caso, en el ámbito de la Unión europea, esta libertad, al igual, que las libertades correlativas que lo acompañan, como la libertad para circular o para establecerse, van unidas al hecho de ostentar la ciudadanía europea. Este es el sentido del apartado 3 del art. 15, cuando reconoce a los nacionales de terceros países, el derecho a “unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión” siempre y cuando estén

⁵⁴⁹ Preámbulo de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La Carta de adopción de conformidad con el art. 117 del Tratado CEE, Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989.

⁵⁵⁰ Libertad de circulación, empleo y remuneración, derecho a la protección social, libertad de asociación y negociación colectiva, formación profesional, igualdad de trato entre hombres y mujeres, derecho a la información, consulta y participación de los trabajadores, a la protección de la salud y a la seguridad en el lugar de trabajo, protección de los niños y de los adolescentes, jubilación, integración profesional y social de personas minusválidas.

⁵⁵¹ Art.15.2 “*Todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro*”.

⁵⁵² Art. 15, 21 y 45 respectivamente.

autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembro. La Carta opta, de este modo, por dos “conceptos indeterminados como *condiciones de trabajo* y, sobre todo, *condiciones equivalentes* y no por un taxativo principio de igualdad de trato con los trabajadores comunitarios”⁵⁵³. Esto deja un amplio margen de libertad a la hora de concretar el marco de atribución de los derechos reconocidos a los nacionales de terceros países lo que implica el riesgo de debilitar el contenido esencial del derecho.

Para concluir, la Carta incluye, en mayor detalle, bajo la rúbrica de “Solidaridad”, una serie de derechos típicamente laborales, como el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, el derecho de negociación y de acción colectiva, condiciones de trabajo justas y equitativas o el de derecho a la Seguridad Social, entre otros⁵⁵⁴.

1.4. La OIT como paradigma de protección de los derechos de los trabajadores

La presencia del derecho al trabajo en estos instrumentos internacionales que posicionan la dignidad humana, la libertad y la justicia social en el más alto nivel no es casual. En este estado de cosas, la imagen que del mismo se tiene, alcanza su máxima expresión con la creación de la Organización Internacional del Trabajo⁵⁵⁵. En el preámbulo de su Constitución se pone de manifiesto que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social. Esta idea será el eje sobre el que gire toda la labor de la OIT.

La Organización busca así desarrollar normas internacionales de trabajo dentro de los cánones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad, creando un marco normativo de protección para todos los trabajadores, al tiempo que pone de manifiesto la existencia de determinados colectivos de trabajadores que necesitan de una mejora en las condiciones de trabajo. Entre ellos, se encuentran, los trabajadores ocupados en el extranjero, para los

⁵⁵³ José MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES. “*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*”. Fundación BBVA Enero 2009. Pp 329

⁵⁵⁴ Art. 27 a 38 Capítulo IV

⁵⁵⁵ Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

cuales se generan instrumentos específicos de protección. Al margen de esto, “los convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo son de aplicación general; es decir, abarcan a todos los trabajadores, sin condiciones de ciudadanía”⁵⁵⁶. Este carácter es predicable, en particular, de los instrumentos de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales.

En este sentido, la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento recuerda a los Estados miembros que, en virtud del compromiso derivado de su mera pertenencia a la Organización, han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia. Estos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios⁵⁵⁷ y, aun cuando no hayan sido ratificados, quedan igualmente obligados a respetar, promover y hacer realidad, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de los mismos, es decir: la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación⁵⁵⁸. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo son universales y se aplican por ello a todas las personas, incluidos los trabajadores migrantes, sin distinción. Este el sentido que se desprende de la Declaración cuando hace mención expresa a los problemas de personas con

⁵⁵⁶ Cfr. Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión 1999. Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y la Recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y la Recomendación (núm. 151). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). pp 21 y 22

⁵⁵⁷ Convenio Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio Relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, 1930 (núm. 29), Convenio Relativo a la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, 1973 (núm. 138), Convenio Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, 1999 (núm. 182), Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (núm. 100) y Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación 1958 (núm. 111).

⁵⁵⁸ Puntos 1 y 2 de la Declaración de la OIT de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

necesidades sociales especiales; en particular, los desempleados y los trabajadores migrantes.

En relación a estos últimos, la OIT es consciente de estar en presencia de un colectivo de trabajadores que enfrentan una situación de vulnerabilidad superior a la del resto de trabajadores, riesgo este que se ve incrementado cuando se encuentran en situación irregular. La preocupación de la OIT por este colectivo ha estado presente desde sus orígenes, ocupando un lugar importante dentro de sus actividades. Su labor se centra principalmente, aunque no de forma exclusiva, en la consecución de dos objetivos: “la igualdad de trato entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes, y la concertación entre estados y entre gobiernos y organizaciones de empleadores y de trabajadores en lo relativo a las políticas migratorias”⁵⁵⁹. En la misma línea, la Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, señala, entre sus obligaciones, fomentar programas en todas las naciones del mundo para “lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida”, estableciendo para ello las garantías adecuadas e incluyendo dentro de esta protección, las migraciones de mano de obra y de colonos⁵⁶⁰.

1.4.1. Los instrumentos específicos sobre los trabajadores migrantes.

Dentro de la labor normativa de la OIT y, en el ámbito específico de los trabajadores migrantes, destacan cuatro instrumentos: el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado) de 1949, núm. 97 y la Recomendación núm. 86 y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, núm. 143 y la Recomendación núm. 151, aunque no son los únicos que afectan a este colectivo⁵⁶¹. Estos instrumentos nacen en

⁵⁵⁹ Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión 1999. Pp 19

⁵⁶⁰ Párrafo III a) y c) Declaración de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.

⁵⁶¹ En este sentido, el Convenio (núm. 19) y la Recomendación (núm. 25) sobre la igualdad de trabajo (accidentes del trabajo), 1925; el Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935 (núm. 48); el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118), y el Convenio (núm. 157) y la Recomendación (núm. 167) sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, de 1982 y 1983 respectivamente,

dos contextos políticos distintos. Los de 1949 obedecían, entre otras razones, a facilitar el movimiento del excedente de mano de obra de Europa a otras partes del mundo, en tanto que los instrumentos de 1975 responden a la preocupación de los gobiernos por el aumento del desempleo y la migración irregular, hechos que trasladan el foco de atención a la creación de fórmulas de control de los flujos migratorios⁵⁶².

Con independencia de los motivos de su génesis, los dos Convenios y las dos Recomendaciones tienen una finalidad común que, no es otra, que la protección de los trabajadores contra la discriminación y la explotación mientras están empleados en países distintos del suyo propio. A estos efectos se define como «trabajador migrante» toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta⁵⁶³.

El Convenio núm. 97 contiene, en términos generales, una serie de obligaciones para aquellos Estados que lo ratifiquen, tales como poner a disposición de la OIT y de cualquier otro Miembro interesado, informaciones sobre su política y legislación nacionales en relación con la emigración y la inmigración, sobre las disposiciones relativas al movimiento de trabajadores migrantes o sobre sus condiciones de trabajo y de vida. En sus disposiciones generales, el Convenio adopta medidas específicas de protección, tales como la obligación de mantener un servicio gratuito apropiado de información y ayuda a los migrantes⁵⁶⁴, medidas contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir a error⁵⁶⁵, medidas para que los trabajadores migrantes y sus familias gocen de una protección médica adecuada⁵⁶⁶ o la

Convenio sobre la inspección de los emigrantes (núm. 21) y la Recomendación sobre la protección de las emigrantes a bordo de buques (núm. 26), Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados)(núm. 100); en 1958, el Convenio (núm. 110) y la Recomendación (núm. 110)sobre las plantaciones; en 1962, el Convenio sobre política social (normas y objetivos básicos) (núm. 117).

⁵⁶² Junto a estos convenios se encuentra el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) que hace mención directa en su art. 8.1 a los trabajadores migrantes cuando su reclutamiento o colocación sea a través de esta vía.

⁵⁶³ Quedan excluidos del campo de aplicación del Convenio núm. 97: los trabajadores fronterizos; la entrada, por un corto período, de artistas y personas que ejerzan una profesión liberal, y la gente de mar Art. 11. 2

⁵⁶⁴ Art.2 del Convenio núm. 97

⁵⁶⁵ Art.3.1 del Convenio núm. 97

⁵⁶⁶ Art.5 del Convenio núm. 97

prohibición de expulsión de los inmigrantes o los miembros de su familia que hayan sido admitidos a título permanente en caso de enfermedad o accidente sobrevenido que lo incapacite para ejercer su oficio⁵⁶⁷.

El principio de no discriminación, entendido como un trato no menos favorable que el que se aplica a los propios nacionales, se reconoce exclusivamente a los inmigrantes que se encuentran legalmente en el territorio de un estado miembro. Este principio aplica, en lo relativo a las condiciones de vida y de trabajo, la seguridad social, los impuestos, los derechos y contribuciones del trabajo y al acceso a la justicia⁵⁶⁸.

Como complemento al Convenio núm. 97, la Recomendación núm. 86 contiene disposiciones en desarrollo de distintos puntos del Convenio, en forma de recomendaciones, especialmente en lo referente a proporcionar información y ayuda a los trabajadores migrantes sobre las formas de reclutamiento y selección, medidas contra la expulsión por insuficiencia de recursos y de protección en caso de retorno o la igualdad de trato en materia de acceso al trabajo.

Un aspecto en el cual la OIT hace especial hincapié, tanto en el Convenio como en la Recomendación y que mantendrá en sus posteriores instrumentos, es el hacer extensible a los familiares de los trabajadores migrantes la protección dispensada a estos últimos. A estos efectos señala que, cuando “los trabajadores migrantes estén autorizados a residir en un territorio y los miembros de su familia autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos deberían, siempre que fuere posible, ser admitidos al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales”⁵⁶⁹.

Finalmente, la OIT recomienda, como instrumento adecuado para la gestión de las migraciones de trabajadores, la celebración de acuerdos

⁵⁶⁷ Art.8.1 del Convenio núm. 97

⁵⁶⁸ Art.6 del Convenio núm. 97

⁵⁶⁹ La OIT va más allá y recomienda que en aquellos países donde en empleo de estos trabajadores este sujeto a restricciones, éstas deberían, siempre que fuere posible, cesar de ser aplicadas cuando hayan residido un período determinado que no debería exceder de cinco años, siendo extensible para la mujer y los hijos en edad de trabajar, que estén autorizados a acompañar al trabajador migrante. Recomendación núm.86 (Apartado V)

bilaterales donde se especifiquen los métodos para aplicar los principios contenidos en el Convenio y en la Recomendación y queden reflejadas las condiciones de traslado y de empleo de estos trabajadores⁵⁷⁰. A estos efectos, la Recomendación incluye un acuerdo-tipo destinado a servir de modelo a los Estados.

El Convenio sobre los trabajadores migrantes núm. 143⁵⁷¹ surge, como se mencionó anteriormente, en un contexto distinto, como respuesta a una transformación en el ámbito internacional, tanto en lo social y económico como en la forma de producirse las migraciones laborales. En este nuevo escenario “ya no se trataba de facilitar los desplazamientos de los excedentes de mano de obra hacia otras partes del mundo sino de controlar las corrientes migratorias, poniendo especial énfasis en la eliminación de las migraciones ilegales y en la lucha contra la actividad de los organizadores de movimientos clandestinos de inmigración [...]”⁵⁷².

El Convenio consta de tres partes. La primera, versa sobre las migraciones en condiciones abusivas; la segunda, sobre la igualdad de oportunidades y de trato, y la última comprende las disposiciones finales. Este instrumento comienza señalando el compromiso de respetar los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes⁵⁷³, afirmando, de este modo, su derecho a ser protegidos, “tanto si han entrado en el país de empleo legalmente como si no”⁵⁷⁴. En este artículo el Convenio hace referencia a los derechos humanos objeto de los instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas en esta materia, siendo alguno de ellos expresamente recogidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del Trabajo de 18 de junio de 1998. La protección dispensada para el disfrute de estos derechos humanos fundamentales no está sujeta a ningún requisito; sin embargo, es necesario diferenciar “la distinción entre los

⁵⁷⁰ Recomendación núm.86 Apartado VIII

⁵⁷¹ Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975(núm.143) Convenio sobre las migraciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes.

⁵⁷² Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión 1999 pp 43

⁵⁷³ Art 1. Parte I Convenio núm. 143

⁵⁷⁴ Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión 1999 pp 44

derechos protegidos por esta vía y que tienen alcance general, y aquellos derechos regulados más detalladamente y dirigidos a proteger a los trabajadores migrantes admitidos legalmente⁵⁷⁵. La obligación general contenida en el art. 1 del Convenio se complementa a lo largo de la Parte I con medidas encaminadas a erradicar las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes a través de mecanismos, tales como los intercambios sistemáticos de información con los demás Estados interesados o las consultas a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores acerca de la legislación y de las demás medidas previstas para suprimir las migraciones en condiciones abusivas, con posibilidad de tomar iniciativas a este respecto. Este instrumento también prevé la adopción y aplicación de sanciones a las personas que fomenten deliberadamente la inmigración clandestina o ilegal y a las que empleen ilegalmente a los trabajadores migrantes, aunque en este último caso, tendrá el derecho de establecer la prueba de su buena fe. La parte I del Convenio incluye igualmente ciertas medidas sobre protección en favor de los trabajadores migrantes que hayan perdido su empleo y en favor de los que están en situación irregular⁵⁷⁶.

A este respecto, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁵⁷⁷ dará un paso más allá de la tutela dispensada en parte I del Convenio núm. 143 de

⁵⁷⁵ Estos se enuncian en la en la parte II del Convenio que permite ser aceptada por los Estados por separado. Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión 1999 pp 120,121

⁵⁷⁶ Art. 8 y 9 respectivamente Art. 8 “1. A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo. 2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación”. Art. 9 1. “Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios [...]”

⁵⁷⁷ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

la OIT, incluyendo en la misma a todos los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia aunque entren o residan ilegalmente en el país de empleo⁵⁷⁸. Un reconocimiento de este tipo no es óbice para que se inste de igual modo a adoptar las medidas necesarias para evitar y eliminar los movimientos clandestinos de trabajadores migrantes. El sentido del precepto es el deber de proteger los derechos humanos fundamentales, con independencia de la condición administrativa en que se encuentren los sujetos⁵⁷⁹. El principal problema que encuentra la Convención, al igual que cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, es su aceptación por parte de los Estados. Han sido necesarios trece años para su entrada en vigor, momento en el que se alcanza la ratificación de los veinte Estados necesarios para ello según lo dispuesto en el art. 87 del convenio. En la actualidad ha sido ratificado por 47 Estados, principalmente por aquellos que son emisores de trabajadores migrantes; en cambio, no ha sido ratificada por ninguno perteneciente a la Unión Europea.

La Parte II del Convenio núm. 143 va más allá de los instrumentos de 1949 que se encaminaban a la prohibición de las desigualdades de trato para dirigirse ahora a fomentar y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales, libertades individuales y colectivas para las personas que, es su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en el territorio de un Estado miembro⁵⁸⁰. La eliminación del trato discriminatorio es uno de los objetivos principales en los cuatro instrumentos sobre trabajadores migrantes, sin embargo, el enfoque en unos y

⁵⁷⁸ Art 1. *“La presente Convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.*

⁵⁷⁹ Este es el sentido la Convención establece en su preámbulo: *“Teniendo en cuenta el hecho de que a menudo la migración es causa de graves problemas para los familiares de los trabajadores migratorios, así como para los propios trabajadores, particularmente debido a la dispersión de la familia. Teniendo presente que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales”*

⁵⁸⁰ Art. 10 Convenio núm. 143

en otros es cualitativamente diferente. En el Convenio núm. 97 y en la Recomendación núm. 86 se tiende a eliminar las desigualdades de trato que resultan principalmente de la acción de los poderes públicos; en cambio, la parte II del Convenio núm. 143 y la Recomendación núm.151 tienen, además, “la finalidad de fomentar la igualdad de oportunidades y eliminar las discriminaciones en la práctica”⁵⁸¹. No obstante, se autorizan ciertas restricciones en materia de igualdad de acceso al empleo pero con carácter limitado⁵⁸².

Finalmente, se incide en el derecho a la reagrupación familiar como parte esencial de los derechos susceptibles de protección de los trabajadores migrantes⁵⁸³. La OIT busca de este modo dar cobertura a las consecuencias sociales de la migración de trabajadores. Esta preocupación ha estado siempre presente en su actividad, adoptando directivas en las que se insiste en facilitar la reunión familiar⁵⁸⁴.

Por su parte, la Recomendación núm. 151 insta a los Estados miembros a desarrollar una política coherente de migraciones internacionales con fines de empleo, basada en las necesidades económicas y sociales de los países de origen y de los países de empleo, tomando en cuenta, no solo, las necesidades de mano de obra a corto plazo, “sino también las consecuencias económicas y sociales que las migraciones puedan tener a largo plazo, tanto

⁵⁸¹ Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión 1999 pp 161

⁵⁸² Art. 14 del Convenio núm. 143

⁵⁸³ Art. 13 del Convenio núm. 143

⁵⁸⁴ En la Conferencia Internacional del Trabajo 87.ª reunión 1999 se señala la existencia de Directivas según las cuales “*una separación prolongada y el aislamiento de los familiares [...] puede engendrar problemas sociales, psicológicos y de salud que repercuten incluso en la productividad de los trabajadores. Procede, pues facilitar la reunión familiar*”. En el mismo sentido, en 1974, en un informe preparatorio a la adopción del Convenio núm. 143 se declaraba que “*Se ha reconocido que la reunión de los trabajadores migrantes con los familiares que quedaron en los países de origen es esencial para el bienestar de aquéllos y su adaptación social al país de acogida. La separación prolongada y el aislamiento provocan situaciones difíciles y tensas tanto para los migrantes como para las familias que quedaron en los países de origen, y les impiden llevar una vida familiar normal. El elevado número de trabajadores migrantes apartados de toda relación social y viviendo al margen de la comunidad del país de acogida crea múltiples y bien conocidos problemas sociales y psicológicos que, a su vez, explican en gran parte las diversas actitudes de la comunidad hacia los trabajadores migrantes*”. Pp. 207

para los migrantes como para las comunidades interesadas”⁵⁸⁵. Para ello, precisa de las medidas necesarias para asegurar el respeto del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores migrantes que están legalmente en el territorio de un Estado Miembro y sus nacionales⁵⁸⁶. La parte II define los principios de política social que deberían elaborarse para que los trabajadores migrantes y sus familias puedan beneficiarse de las ventajas concedidas a sus propios nacionales, tomando en consideración las necesidades particulares que puedan tener hasta que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado. En este contexto, se hace especial hincapié en aspectos de reagrupación familiar, protección de la salud y acceso a los servicios sociales en las mismas condiciones que los nacionales del país de empleo. Las disposiciones del Convenio núm. 97 y de la parte II del Convenio núm. 143 a este respecto se aplican sólo a los familiares autorizados a acompañar al migrante. El párrafo 2 del artículo 13 del Convenio núm. 143 define a estos efectos como familia “al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante”.

La parte III sobre empleo y residencia se dirige a la observancia de unas normas mínimas de protección, en particular, en caso de pérdida de empleo, expulsión y salida del país.

En lo concerniente al ámbito de aplicación de estos Convenios y Recomendaciones, común a todos ellos, es el hecho de que éste no se ve afectado por el principio de reciprocidad; es decir, su protección se extiende a todo trabajador migrante y no solo a aquellos que sean nacionales de un Estado que haya ratificado los instrumentos. Las excepciones vienen determinadas expresamente en el párrafo 2 del artículo 11 del Convenio núm. 97 y en el párrafo 2 del artículo 11 del Convenio núm. 143⁵⁸⁷. No obstante, la

⁵⁸⁵ Art. 1 Recomendación núm. 151

⁵⁸⁶ Parte I Recomendación núm. 151

⁵⁸⁷ El Convenio no se aplica: »a) a los trabajadores fronterizos; b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; y c) a la gente de mar», y la Recomendación núm. 86 excluye asimismo a las tres categorías mencionadas. El párrafo 2 del artículo 11 del Convenio núm. 143 especifica esas tres mismas excepciones, más »d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o educación e) las

exclusión de las categorías de trabajadores migrantes enunciados en este último sólo se refiere a la parte II del instrumento. La parte I no permite la exclusión de ninguna categoría de trabajador migrante, salvo, los migrantes que trabajen por cuenta propia quedan fuera del ámbito de aplicación de los cuatro instrumentos.

1.4.2. El estado actual del debate sobre trabajadores migrantes en la OIT.

En 1999, la OIT llevo a cabo un análisis de los cuatro instrumentos sobre trabajadores migrantes. En aquel entonces ya se puso de manifiesto la falta de consenso sobre el rumbo futuro de estos instrumentos⁵⁸⁸. Desde su adopción, los cambios acontecidos en las migraciones internacionales de trabajadores han afectado tanto a su magnitud y dirección como a su naturaleza. Su desarrollo tiene lugar dentro de un nuevo escenario. El crecimiento constante de “las diferencias económicas y demográficas entre los Estados nación” hacen que la emigración internacional constituya “una «reacción natural» al fenómeno de la globalización”⁵⁸⁹ que, lejos de contenerla, permite predecir con un alto grado de fiabilidad que seguirán aumentando.

Lo cierto es que a día de hoy no existe ningún indicio que sugiera que el fenómeno migratorio vaya a descender o desaparecer; al contrario, en un contexto de globalización como el presente, las variables que afectan a los movimientos migratorios parecen indicar que posiblemente seguirán creciendo y variando en sus formas. Las fuerzas que impulsan la migración laboral son múltiples y complejas⁵⁹⁰. Entre los principales motivos que mueven a las personas a migrar se encuentran las crecientes desigualdades económicas

personas empleadas en organizaciones y empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o fundones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones».

⁵⁸⁸ OIT: Informe de la Comisión de Aplicación de Normas, *Conferencia Internacional del Trabajo, 87.ª reunión, Ginebra, 1999*, pp 60 y sigs. Anteriormente a este, Estudio general de 1980, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 4B), CIT, 66.ª reunión, Ginebra, 1980.

⁵⁸⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004. Informe VI. En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Pp3

⁵⁹⁰ Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004 Pp 8y 9

entre los diferentes países, la ausencia de empleo remunerado y de trabajo decente o la búsqueda de seguridad como vía de escape a entornos en conflicto o a los efectos del cambio climático. Otros factores a tener en cuenta son las tendencias demográficas que muestran la correlación existente entre el incremento de los niveles de vida de las sociedades y el descenso de nacimientos, lo que implica un déficit de la fuerza de trabajo que facilita las migraciones como medio de sostenibilidad para los sistemas de protección social de dichas sociedades. Sin embargo, aun en estos casos, en los que los beneficios económicos que aporta la migración han sido ampliamente probados, sigue existiendo la percepción muy extendida entre la opinión pública de los efectos negativos que entraña la inmigración. Esta “asimetría entre realidades objetivas y opiniones subjetivas” [...] está en gran parte fundada por el discurso político que ha tendido a reforzar las actitudes negativas de cara a la migración. La utilización del “empeoramiento de las condiciones del mercado laboral, como las altas tasas de desempleo, y el deterioro de los niveles de vida pueden en algunos casos dar crédito a la idea — totalmente infundada — de que los inmigrantes son parte del problema”⁵⁹¹.

Los últimos pasos dados en el campo de las migraciones laborales⁵⁹² ponen de manifiesto que existe, dentro del marco normativo de la comunidad internacional, un amplio consenso de cómo debe ser tratado el fenómeno migratorio. El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los trabajadores migrantes, incluyendo los trabajadores en situación irregular, la lucha contra el tráfico de personas, la necesidad de proteger en los procesos de migración laboral a los colectivos especialmente vulnerables como son las mujeres y los niños, regular el impacto de las migraciones de personas altamente cualificadas en los países de origen o reforzar la interacción de todas las partes involucradas, gobiernos,

⁵⁹¹ Migración equitativa: un programa para la OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión, 2014. Memoria del Director General. Informe I (B) Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. Pp. 4 y 5

⁵⁹² En este sentido, el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, adoptado en 2006, en el que se establecen un conjunto de principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos. El segundo Dialogo de Alto nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo de octubre de 2013 por el que se adopta la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, Reunión técnica tripartita sobre las migraciones laborales, celebrada en noviembre de 2013, entre otros.

organizaciones de empleadores y trabajadores y la sociedad civil son, todos ellos, aspectos claves para una migración más equitativa. Este marco, sin embargo, contrasta con la realidad. El sistema multilateral vigente para afrontar los retos que plantea la migración se caracteriza por “su elevado grado de fragmentación institucional”⁵⁹³, no existiendo una única organización mundial sobre las migraciones como organismo especializado que aborde la materia en su conjunto y a nivel internacional. Esto demuestra que “las instituciones laborales para la protección de los trabajadores migrantes no han evolucionado al mismo ritmo que el crecimiento de la migración”⁵⁹⁴. Más allá, la divergencia que se produce en la práctica entre el fenómeno migratorio y su carácter mundial y el hecho de que la migración sigue siendo una prerrogativa de los estados nacionales o regionales, no deja de generar tensiones entre el derecho de cada Estado de tutelar su mercado de trabajo interno y sus fronteras y la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores allí donde se encuentren. A esto se une la ausencia, en muchos casos, del carácter vinculante de los instrumentos internacionales debido a que se anteponen los intereses de los Estados frente a los derechos humanos de todos los trabajadores. Todo esto evidencia el largo camino que aún queda por recorrer para poder hablar de una migración equitativa. El grado de ratificaciones de los Convenios de la OIT es bastante significativo a este respecto⁵⁹⁵. Su escasa

⁵⁹³ Esta fragmentación viene determinada por las diversas instituciones relacionadas con el fenómeno de la migración. La Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales, dentro del ámbito de la Naciones Unidas, desechó la idea de crear una organización mundial sobre las migraciones como organismo especializado por considerarlo un objetivo a largo plazo y recomendó en su defecto la creación del Grupo Mundial sobre migración (GMM) por representar una respuesta más inmediata. El GMM, creado en el 2006 está constituido por una agrupación interinstitucional que reúne a 16 entidades, 14 de las cuales pertenecen al propio sistema de las Naciones Unidas, junto con el Banco Mundial y la OIM. En paralelo, la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006 emprendió un primer Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, cuyo principal resultado fue la creación del Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo (FMMD). “Este Foro es un proceso voluntario, informal y no vinculante”. Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004 Pp 21

⁵⁹⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004 pp 47

⁵⁹⁵ El Convenio núm. 97 ha sido ratificado por 49 Estados Miembros, el Convenio núm. 143, por 23 y el Convenio núm. 181 por 28 Estados Miembros. “El número de ratificaciones registradas con el paso del tiempo no se perciben muchos indicios de que la situación vaya a mejorar de manera significativa en el futuro. Por ejemplo, tras la adopción del Convenio núm. 97 se registraron 37 ratificaciones en los primeros 40 años, es decir, hasta 1989, y sólo 12 en los 25 años siguientes, nueve de las cuales correspondieron a nuevos Estados Miembros. En el caso del Convenio núm. 143, solamente ha habido cinco ratificaciones en lo que va de siglo, la más reciente en 2007, y tres de ellas proceden de nuevos Estados Miembros”. Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004 Pp 24

evolución en los últimos años plantea interrogantes sobre la eficacia de dichas normas y su adecuación al carácter actual de las migraciones y de las necesidades que ésta demanda.

En la Reunión técnica tripartita sobre las migraciones laborales celebrada en 2013, el objetivo era evaluar los resultados de la Declaración adoptada en el Segundo Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta Declaración, adoptada por consenso, comienza reconociendo la interrelación entre migración y desarrollo. En este sentido, declara que la migración internacional es una realidad pluridimensional que incide en el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino y que, por tanto, debe “abordarse de forma coherente, amplia y equilibrada, integrando el desarrollo con la debida consideración a las dimensiones social, económica y ambiental y el respeto de los derechos humanos”⁵⁹⁶. A estos efectos, en dicha Reunión se analiza la necesidad de adoptar medidas por parte de la OIT que permitan dar seguimiento al Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional, así como la incorporación de la protección de los trabajadores migrantes en la Agenda global de Naciones Unidas para el desarrollo después de 2015⁵⁹⁷.

Las conclusiones alcanzadas ponen de manifiesto que el programa de Trabajo Decente de la OIT “es un elemento clave para la promoción de una gobernanza eficaz de la migración laboral, así como para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes”⁵⁹⁸. Su promoción en los debates mundiales sobre migración internacional y desarrollo constituye un objetivo central en la actividad de la OIT; impulsando la cooperación y la colaboración entre las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de las migraciones.

⁵⁹⁶ Punto 1 de la Declaración adoptada en el Segundo Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁵⁹⁷ Reunión técnica tripartita sobre las migraciones laborales. (Ginebra, 4-8 de noviembre de 2013). TMLM/2013/15, en seguimiento del segundo Diálogo de Alto Nivel de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la migración internacional y el desarrollo, celebrado en Nueva York los días 3 y 4 de octubre de 2013, la Declaración del Diálogo de Alto Nivel, el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/68/190 de 25 de julio de 2013) y el programa de acción de ocho puntos del citado Informe.

⁵⁹⁸ Reunión Tripartita sobre las migraciones laborales. (Ginebra, 4-8 de noviembre de 2013).

En la reciente Conferencia Internacional del Trabajo del 2014⁵⁹⁹, la OIT insiste en la necesidad urgente de elaborar un programa para una migración equitativa. A día de hoy, este es su objetivo principal en el ámbito de las migraciones laborales. Los datos aportados muestran que los trabajadores migrantes representan en la actualidad una parte importante de la fuerza de trabajo mundial⁶⁰⁰. A pesar de que los avances realizados en los últimos tiempos no dejan de ser de suma importancia⁶⁰¹, “la migración sigue estando asociada con demasiada frecuencia a abusos laborales inaceptables, con respecto a los cuales toda inacción constituye una abdicación de responsabilidad”⁶⁰².

En este contexto, es vital caminar en aras a obtener que los movimientos migratorios con fines de trabajo redunden en beneficio de todas las partes implicadas, con un total respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes y donde se les ofrezca oportunidades reales de obtener un trabajo decente. El debate no puede ir exclusivamente dirigido a la «maximización de la utilidad» de la fuerza del trabajo, olvidando que «el trabajo no es una mercancía»⁶⁰³ y, menos aún, aquellos que lo llevan a término. En este estado de cosas, la OIT sigue defendiendo los valores universales de la igualdad de trato y la no discriminación, como una cuestión crucial para hacer valer los derechos humanos y como” la mejor forma de garantizar que la migración no sea mal utilizada con el propósito de socavar las condiciones de trabajo vigentes”⁶⁰⁴.

El reto a futuro de la OIT es, en definitiva, hacer valer sus instrumentos principales, por un lado, sus normas internacionales de trabajo y,

⁵⁹⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión, 2014 Migración equitativa: un programa para la OIT.

⁶⁰⁰ Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión, 2014 Migración equitativa: un programa para la OIT pp 3.

⁶⁰¹ En 2006 se adoptó el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. En marzo de 2014, el Consejo de Administración aprobó el informe de la Reunión técnica tripartita sobre las migraciones laborales, En 2014 la OIT ejerce la presidencia del Grupo Mundial sobre Migración (GMM) etc.

⁶⁰² Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión, 2014 Pp 4

⁶⁰³ Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión, 2014 Pp 5

⁶⁰⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, 103.ª reunión, 2014 Pp 8

por otro, su estructura tripartita, que crea un foro único para el dialogo entre gobiernos, empleadores y trabajadores.

2. El Derecho al trabajo en la Constitución.

2.1. *El marco general: estructura, ámbito subjetivo y contenido*

Fruto de la influencia del constitucionalismo social, la Constitución española en su artículo 35⁶⁰⁵ reconoce a los españoles el derecho al trabajo. Su tradicional consideración como paradigma de los derechos sociales lo sitúa en una posición privilegiada dentro de la cláusula del Estado social contenida en el artículo 1.1 de la Constitución. El texto constitucional apuesta por una concepción compleja, conectando deber y derecho al trabajo con los considerados derechos profesionales básicos, como son, la libertad profesional, el derecho a la promoción y a una remuneración suficiente. Todo ello acompañado de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Se trata de un derecho de contenido difuso. Conceptuar el derecho al trabajo como un todo o como un complejo constituido por diferentes derechos con entidad propia que se proyectan en la práctica como realidades autónomas, adquiere, al día de hoy, mayor relevancia por las variaciones acontecidas en lo que a cualidad y calidad en el trabajo se refiere.

Igualmente es un derecho de análisis complejo. Parte de esta complejidad se debe a su carácter prestacional. La disfunción entre estructura normativa y realidad social se acentúa cuando se trata de derechos sociales. En este sentido, “los derechos fundamentales sociales exigen un hacer efectivo [...], una labor de planificación, dirección y previsión, que cristaliza en previsiones materiales del Estado, reconocidas en los derechos económico-

⁶⁰⁵ Art 35 CE “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”.

sociales”.⁶⁰⁶ La acción de los poderes públicos se constituye como una condición necesaria para garantizar su efectividad.

El propio Tribunal Constitucional se manifiesta a este respecto, concluyendo que “el reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social –reflejado en diversos preceptos de la Constitución– conduce a la intervención del Estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una trascendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos [...]”.⁶⁰⁷

Esta situación pone de relieve la estrecha vinculación existente entre el derecho al trabajo del artículo 35.1 de la Constitución y la exigencia de una política orientada al pleno empleo del artículo 40.1 de la CE, a pesar de su diferente delimitación constitucional y si bien, ambos supuestos se recogen en el Título I de la Constitución, su distinta ubicación es esencial: el derecho al trabajo se configura como un derecho de los ciudadanos y el art. 40.1 se presenta como un principio rector.

El Tribunal Constitucional conecta ambos supuestos, manifestándose en el sentido de que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar como parte de su contenido esencial sino que también supone el derecho a un puesto de trabajo. A este respecto destaca un doble aspecto del derecho. En el aspecto individual, “se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo (...) y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo”. En la dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica “un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo”⁶⁰⁸.

En este sentido, es difícil pensar en la eficacia práctica del derecho al trabajo desligado de una política efectiva de empleo, como forma de proporcionar posibilidades concretas de realización a los ciudadanos. Cuestión diversa es que este instrumento alcance tal entidad que desvirtúe la

⁶⁰⁶ Cfr. Ricardo GARCIA MACHO. “*Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*”, Madrid, Instituto de estudios de administración local, 1982. Pp. 85

⁶⁰⁷ STC 18/1984 de 07.02.1984 BOE n.59

⁶⁰⁸ STC 22/1981 de 02.07.1981 BOE n.172

concepción constitucional del derecho al trabajo, relegando su configuración como derecho al empleo, primando así una versión más cuantitativa que cualitativa del derecho. En estos términos, la norma laboral cada vez se ve menos como garantía y cada vez más como coste a optimizar, primando la concepción del trabajo como factor productivo y como puesto de trabajo a secas⁶⁰⁹.

La vinculación de los poderes públicos como sujetos obligados a la satisfacción de las pretensiones que el derecho al trabajo supone, no ofrece mayor discusión. Su actividad va dirigida a dos momentos fundamentales del despliegue del derecho; de un lado, la gestión dirigida a la previsión del ejercicio del derecho, de otro, la garantía de su ejercicio en forma de “tutela de un correcto y justo juego de la libertad, garantizando la dignidad y el integral desarrollo de la persona”⁶¹⁰.

La eficacia del derecho frente a terceros particulares, con posibilidad de generar obligaciones específicas a cargo de éstos, es un tema más controvertido. El llegar a una u otra conclusión dependerá del concepto que del derecho se maneje. Un entendimiento global del mismo permite defender su extensión a otros titulares distintos de los poderes públicos.

En este aspecto, no solo quedarían vinculadas las organizaciones empresariales y sindicatos de trabajadores, una vez que y a través de los instrumentos puestos a su alcance regulan diferentes aspectos del ejercicio del trabajo, sino también los empresarios, que con ciertos actos inciden de forma directa en las condiciones de desarrollo del derecho.

Parte de su complejidad también radica en la ausencia de acción de exigibilidad por el ciudadano de una forma directa e inmediata, lo que debilita el derecho y plantea problemas de ineffectividad que, en algunos supuestos, han contribuido a conformar el derecho social al trabajo como simple norma

⁶⁰⁹José Luis MONEREO PÉREZ y Cristóbal MOLINA NAVARRETE. “Comentario a la Constitución socio-económica de España”. *El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo*. Granada, Ed. Comares 2002 pp. 292

⁶¹⁰Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*, pp. 297

programática, devaluando su reconocimiento constitucional. Situaciones tales como el crecimiento del desempleo o la aparición de nuevas formas de subempleo fecundan la creencia de la imposibilidad de que el derecho al trabajo pueda transformarse en realización efectiva; incluso, cuestionan la propia existencia del derecho como constitucional. Esto sumado a la ponderación de otros derechos y bienes constitucionales situados en paralelo con el derecho al trabajo y con diversos derechos socio-laborales provoca tensiones de carácter conflictual.

La complejidad del derecho se ve igualmente acrecentada, al contrastar la larga tradición histórica del derecho al trabajo y el carácter eminentemente dinámico del derecho. Sin embargo, el dinamismo que se observa en la revalorización actual y progresiva de otros derechos socio-económicos parece seguir un proceso inverso en el derecho al trabajo. El reconocimiento constitucional de los derechos sociales, incluido el derecho al trabajo, suponía un avance dirigido a una “desmercantilización de la ciudadanía”⁶¹¹ en el sentido de ofrecer una concepción cualitativa y compleja del derecho al trabajo, caracterizado por una racionalización de los factores económicos sobre la base de razones sociales contando, para ello, con una sólida regulación estatal.

La dinámica evolutiva seguida por el derecho al trabajo, sin embargo, muestra una inversión en los términos de progresión. El modelo laboral que sirvió de inspiración a la constitucionalización del derecho social al trabajo se desvanece, cediendo a nuevas formas, donde priman las razones económicas y de mercado, sobre la razón misma del derecho. En este contexto se abre el debate sobre que “la crisis del trabajo no puede ser sino la crisis misma del derecho al trabajo (...), al menos en el paradigma o modelo regulador sobre el que se habría formado: la relación salarial fordista.” La transición de este modelo al conocido como post-fordista conduce a un retroceso de la “ciudadanía social” a favor de la “ciudadanía mercantil”⁶¹².

⁶¹¹ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*, pp.291

⁶¹² Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*, pp.291,292

Esta situación evidencia la ruptura de la solidaridad institucional y de cohesión social representada por el Estado Social. La vinculación del derecho al trabajo al derecho a un desarrollo digno de la personalidad y la institucionalización en el trabajo, de la solidaridad, quiebran ante envites económicos, que se alejan cada vez más de la configuración del derecho al trabajo como derecho constitucional, lo que puede acarrear implícitamente la ruptura de la concepción del trabajo como vínculo social, fuente de solidaridad y de cohesión ciudadana. Esto, además, se potencia en el contexto socio-político actual donde el fenómeno de la globalización no es ajeno a las nuevas formas de trabajo; al contrario, incide de forma directa generando fórmulas de economía en el ámbito internacional que nada tienen que ver con el trabajo en su forma más pura, como derecho.

Esta idea no es nueva. Desde la recesión económica de los setenta, la doctrina viene poniendo de manifiesto las alteraciones que está padeciendo el Derecho del Trabajo tal y como fue concebido. Su función compensadora, estableciendo “límites a la autonomía privada individual” y “moderando el juego de un mercado de posiciones asimétricas en beneficio del contratante débil”, el trabajador, juega cada vez más en detrimento de este último. De ahí que la otra función del derecho del trabajo, la protectora, que erige “al trabajador en titular no solo de posiciones contractuales de débito o crédito sino de derechos de contenido personal”⁶¹³ vea cada vez más reducida la esfera de los derechos conquistados.

En aquel entonces, los cambios que se venían efectuando se defendían como coyunturales, circunstancia que propicio la aparición de lo que vendría a denominarse «el Derecho del Trabajo en la crisis» para después, con la instalación definitiva de estas medidas, dar paso al “Derecho del Trabajo de la crisis”⁶¹⁴.

⁶¹³ Fernando VALDES DAL-RE. “*Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*” En Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo. Trabajo y protección social en Europa. Universidad de Valladolid, Valladolid 2002. Pp 45 En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional declara que el Derecho del Trabajo es un ordenamiento «*compensador e igualador*». STC 3/1983 de 25 de enero. Fundamento jurídico III

⁶¹⁴ Cfr. F. VALDES DAL-RE. *Op. cit.*, pp 46 Por todos vid. DI LUCA TAMAYO, Rafaella. (a cura di:) *Il diritto del lavoro della emergenza*, Nápoles, Jovene, 1979

Pese a todo, la recuperación de los derechos laborales conquistados y ahora perdidos es plausible. El derecho al trabajo posee su propio contenido esencial. Cuestión distinta es la determinación de dicho contenido y el alcance del derecho, tanto en lo que refiere a la representación constitucional del derecho como al momento de su aplicación efectiva. Esta bipolaridad del derecho social al trabajo afecta a la definición del contenido preciso, de los titulares, objeto o pretensiones, así como de las garantías de efectividad y de las realizaciones infraconstitucionales que componen la estructura y función; esto es, el sistema del derecho al trabajo⁶¹⁵. El Tribunal Constitucional se manifiesta al respecto en el sentido de que “el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo”, tanto en su aspecto individual como colectivo.

Sin embargo, el trabajo no ha tenido siempre la misma significación. La forma de trabajo que consagra la Constitución es reflejo de una “construcción social de la modernidad”⁶¹⁶, fruto del proceso histórico de formación del derecho. En este sentido, el trabajo como objeto de regulación, no es otra cosa que el que deviene así configurado normativamente en cada momento. Esta abstracción del trabajo es la que permite, en un momento dado, una construcción del derecho reflejo de una época, “la fordista-Keynesiana, en la que el propio concepto de ciudadanía y el concepto de trabajo se hermanaban en una sociedad que hacía del derecho social al trabajo el centro de sus convicciones sociales”⁶¹⁷.

Esto explica que el texto constitucional apostara por una concepción cualitativa del derecho. Una interpretación puramente minimalista, restringida a una configuración del trabajo como derecho-deber, conduciría a un análisis incompleto del derecho. De la propia Norma Constitucional cabe deducir diferentes contenidos, al margen de que cada uno de ellos goce de diferentes técnicas de tutela y alcance distintos grados de realización; así, la libertad de

⁶¹⁵ Cfr. Antonio MARTÍN VALVERDE. “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978”. En AA.VV. Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución, Madrid, CEC, 1980 pp. 189.

⁶¹⁶ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, *Op. cit.*, pp. 317

⁶¹⁷ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, *Op. cit.*, pp. 317

elección de profesión u oficio, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, el derecho a trabajar por un salario suficiente y la prohibición de discriminación, conforman el contenido del derecho. El Tribunal Constitucional optará por este tipo de comprensión, aceptando en la integración de su contenido “no ya solo aquello que se ha considerado su «contenido natural» o esencial, el derecho a obtener un empleo adecuado y libremente elegido, sino aquellos otros contenidos complementarios o alternativos, igualmente incluibles dentro del concepto constitucional de contenido esencial, sin que por ello debe entenderse [...] que se esté ante un «contenido falseado»”⁶¹⁸. Por esta razón y al margen de la autonomía alcanzada por los derechos que lo acompañan en la redacción normativa del artículo 35 de la CE, desvincular a éstos del derecho al trabajo dificultaría el verdadero sentido del derecho por el que la Constitución apostó.

2.2. El ejercicio del derecho al trabajo por titulares diversos a los reconocidos en la Norma Constitucional.

No obstante lo que se viene de razonar, la desvinculación se hace necesaria cuando se trata del ejercicio del derecho por titulares distintos a los establecidos en la norma. El no reconocimiento del derecho implica la inexistencia del contenido esencial del derecho en su aspecto más fundamental, la libertad para trabajar. Esto, en lo que se refiere en materia de acceso al trabajo. De la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende que no resulta constitucionalmente exigible la igualdad de trato entre extranjeros y españoles⁶¹⁹, en este aspecto. Una vez nace la relación laboral, acorde a las formalidades exigidas rige el principio de igualdad, con excepciones.

En el contexto presentado subyace la idea de estar en presencia de la crisis del derecho del trabajo como paradigma de los derechos sociales, donde renacen viejos usos que se dirigen más a la búsqueda de formas de no exclusión que de integración social, propiciadas por las condiciones precarias del mercado de trabajo, la inestabilidad y la consiguiente pérdida de calidad en el mismo. Esto constituye un problema añadido cuando se trata de argumentar

⁶¹⁸ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE, *Op. cit.*, pp. 319

⁶¹⁹ STC 107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305

la posibilidad de reconocer el derecho al trabajo a los no nacionales, lo que conduce al inevitable análisis de la titularidad del derecho.

Por lo que concierne al plano de la titularidad activa, el art.35.1 de la CE solamente constitucionaliza el derecho al trabajo con relación a los españoles. El derecho al trabajo es uno de los derechos que evidencian una mayor potencialidad de exclusión, ya que “presupone la nacionalidad (y) no la existencia de la persona como tal”⁶²⁰, para su efectivo reconocimiento.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “no existe tratado ni Ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, como si lo hay, por el contrario, para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales, una vez producida la contratación”⁶²¹. Por tanto, los extranjeros no figuran entre los posibles titulares del derecho al trabajo; pero sí de su ejercicio. La disfunción que provoca disociar la titularidad de un derecho de su ejercicio efectivo, hace inevitable, en este sentido, manejar un concepto del derecho al trabajo como un complejo integrado por diferentes derechos con entidad propia, con el fin de determinar el alcance real del ejercicio del derecho.

Según el modelo de atribución de derechos a los extranjeros, que se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos de los extranjeros son derechos constitucionales de configuración legal, con la excepción de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y aquellos para los que expresamente se establece su exclusión, que en el caso de la Norma Constitucional, solo rige para el derecho consagrado en su artículo 23 y en los términos establecidos.

Por exclusión de las dos últimas categorías mencionadas, el derecho al trabajo solo puede ser de configuración legal. El no reconocimiento del derecho determinará, en la práctica, que su configuración legal y la funcionalidad de los

⁶²⁰ Cfr. J. L. MONEREO PEREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*, pp.288

⁶²¹ STC 107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305. En el mismo sentido el Art. 17 LET y el Art. 3 LOEXIS

límites del contenido esencial se den en relación al ejercicio del derecho. En este sentido, el derecho al trabajo se configura como presupuesto para el ejercicio de diversos derechos socio-laborales. Todo esto permite diferenciar, desde el punto de vista de los derechos de los extranjeros, un triple status de atribución: como persona humana, como extranjero residente en el territorio español y en su condición de trabajador⁶²², categoría esta última que, a su vez, se desdobra en trabajador en situación regular y trabajador en situación irregular.

Por tanto, el problema de la titularidad y del ejercicio de los derechos, en concreto del derecho al trabajo, se anuda, en el caso de los extranjeros, a la funcionalidad del principio de igualdad. El artículo 14 de la CE consagra el principio de igualdad exclusivamente con relación a los españoles sin prescripción alguna que extienda tal igualdad a los extranjeros. Sin embargo, el propio Tribunal se manifiesta en el sentido de que “la inexistencia de declaración constitucional que proclame la igualdad de los extranjeros y españoles no es [...] argumento bastante”⁶²³ para dar por solucionado el trato desigual de españoles y extranjeros en lo que se refiere al acceso a un puesto de trabajo. La línea argumental seguida por el Tribunal conduce la solución a la remisión contenida en el artículo 13 CE a los tratados y leyes. Como en esta materia no hay regla que exija que deba existir igualdad de trato, la desigualdad para acceder a un puesto de trabajo es admitida constitucionalmente⁶²⁴. Una vez descartada la titularidad del derecho al trabajo, queda por verificar el alcance del principio de igualdad en relación al ejercicio del derecho.

La desigualdad se traduce en la supeditación del acceso a un puesto de trabajo a varios factores. En primer lugar, la situación nacional del mercado

⁶²² Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. “*Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante*”. Revista Relaciones Laborales, núm.8. La Ley. Madrid, abril 2001 pp. 1

⁶²³ STC 107/1984 de 23.11.1984 BOE n.305

⁶²⁴ El Tribunal Constitucional no entra en el fondo del asunto, haciendo un juicio de la constitucionalidad de la normativa de extranjería. Se pronuncia, en un sentido u otro, atendiendo a los requisitos establecidos en la normativa de extranjería, para apreciar la posible vulneración del principio de igualdad. En la STC 107/1984 no estimó el recurso por la falta del permiso de residencia. Sin embargo, en la STC 150/1994, sí estimó la vulneración del principio de igualdad, porque en su caso sí existía una disposición administrativa que de acuerdo con la ley de extranjería establecía la situación de igualdad de la demandante de amparo.

laboral; segundo, la creación de contingentes y, por último, la obtención de los permisos correspondientes⁶²⁵, que se introducen en el ordenamiento a través de la Ley Orgánica de extranjería. Una vez superada la barrera de acceso, rige el principio de igualdad para nacionales y extranjeros, en lo que se refiere a la titularidad y ejercicio de los derechos laborales. La Ley Orgánica de extranjería, por tanto, regula el derecho de ejercicio y no de acceso al trabajo. En este sentido, se reprime cualquier fórmula que, de algún modo, configure de forma directa a los extranjeros como titulares del derecho de trabajo. El principio de equiparación limitada opera, por tanto, en términos de ejercicio y no de acceso.

La inicial regulación del derecho del trabajo y de todo aquello relativo a los permisos y los diferentes regímenes ha sido objeto de modificaciones en las distintas reformas que ha padecido la Ley Orgánica de extranjería. La Ley 4/2000 de 11 de enero, determinaba en su art. décimo, apartado primero, que *“los extranjeros tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, en los términos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen”*⁶²⁶. La contrarreforma llevada a cabo por la Ley 8/2000 comienza señalando este reconocimiento a *“los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen”*. La intencionalidad que se busca con este giro en la redacción del precepto es dejar a salvo el problema interpretativo de la redacción original de la norma en la cual se hacía referencia a los extranjeros en general. La ambigüedad del precepto permitía una interpretación del mismo en términos de que cualquier extranjero que trabajara en España “podía poner en marcha el pleno

⁶²⁵ En términos generales, la Ley Orgánica de extranjería vincula el permiso de trabajo y el permiso de residencia. La circularidad entre la obtención de uno y de otro genera un nexo de interdependencia, de forma que, la falta de uno acarrea la denegación del otro.

⁶²⁶ En el apartado 2 la LOEX 4/2000 hace referencia al acceso como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, 10.2 *“Los extranjeros podrán acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto, podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones públicas”*. Este apartado ha sido igualmente objeto de modificaciones por la Ley por la Ley 8/2000 y L.O. 2/2009 quedando en la actualidad redactado como sigue *“2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*.

reconocimiento de sus derechos laborales y de Seguridad Social”⁶²⁷. Con esta modificación se señala el reconocimiento del ejercicio del derecho condicionado. En esta misma línea camina la última modificación llevada a cabo por la Ley 2/0009, en la que la redacción actual vigente hace referencia a los extranjeros residentes⁶²⁸.

Adicionalmente a estos cambios, las sucesivas reformas también han afectado a las oportunidades de acceso. En el texto original de la Ley 4/2000 se señalaba que el Gobierno establecería anualmente un contingente de mano de obra⁶²⁹. Esta obligación paso a convertirse en una opción, circunscrita a la situación nacional de empleo y a la existencia de la necesidad de su adopción⁶³⁰. Con alguna pequeña modificación⁶³¹ esta pauta se ha mantenido hasta la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, donde la posibilidad de contingentes es sustituida por la gestión colectiva de contrataciones en origen⁶³².

⁶²⁷ Marcos FRANCISCO MASSÓ GARROTE “La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”. Actualidad Administrativa (Doctrina), 2001 (12 - 18 marzo), nº 11 XI. Pp249.

⁶²⁸ Art 10 de la Ley 2/2009 señala “1. Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente. 2. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”

⁶²⁹ Art. 37 LOEX 4/2000 “El Gobierno establecerá anualmente un contingente de mano de obra en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España, con indicación de los sectores y actividades profesionales”.

⁶³⁰ Art 39 de la LOEX 8/2000

⁶³¹ Por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 14/2003

⁶³² Artículo 39 Ley Orgánica 2/2009 “1. El Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. La mencionada previsión tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

2. El procedimiento de concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades

Las reformas efectuadas responden al hecho de que “son las razones de mercado las que imponen su ley al fenómeno inmigratorio, caracterizado preeminentemente [...] como económico, por cuanto las fronteras se abren, “flexibilización aplicativa”, o se cierran, “endurecimiento legislativo”, al dictado de los imperativos de los mercados de trabajo y las necesidades de los Estados de empleo”⁶³³. La razón última que subyace no es otra que la que acompaña a todos los derechos sociales y que, en el caso del derecho al trabajo, alcanza su máxima expresión, vinculando e interponiendo su reconocimiento al hecho de que “su existencia es rechazada sobre la base de la ausencia de formalización de los deberes correspondientes y de los procedimientos coercitivos o sancionadores”⁶³⁴.

En este sentido se plantea el interrogante sobre el alcance que puede tener la extensión del reconocimiento del derecho a los extranjeros, si se parte de este tipo de entendimiento. Y por otro lado, qué sentido puede tener no reconocerlo, si su reconocimiento no garantiza su ejercicio. Este pensamiento “enlaza con la tradición de negar a estos derechos un auténtico estatuto jurídico vinculante más allá de la concreta disposición del legislador”. Sin embargo, no se trata de dar extensión a los derechos sobre un entendimiento de éstos, como no protegibles directamente frente al legislador o alegando su dependencia a la formalización de técnicas institucionales y políticas públicas; antes al contrario es precisamente la existencia de éstas “la que determinaría el imperativo, no sólo moral sino jurídico, de extensión”⁶³⁵.

En el plano de la aplicación efectiva, en lo que al ejercicio del derecho se refiere, la igualdad predicada se da con relación a ciertos derechos laborales, no en cuanto al contenido esencial del derecho. La libertad para trabajar se ve limitada por la vía infraconstitucional a través de una

competentes. En la gestión del mismo se actuará coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial.

3. Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios”.

⁶³³ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*, pp. 204

⁶³⁴ Cfr. Luigi FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Trotta, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid 2002, pp.107

⁶³⁵ Cfr. J. L. MORENEO PEREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *cit.*, pp.222

configuración restringida del concepto mismo de libertad, con posibilidad de condicionar su ejercicio a un territorio, sector o actividad, como exponente de la contradicción entre dos términos en principio incompatibles, libertad y restricción. La libertad para trabajar solo alcanza su máxima expresión por esta vía cuando se conecta la situación de extranjero a una situación equiparable a la del ciudadano⁶³⁶.

La compatibilidad con la Constitución de la normativa infraconstitucional plantea en este aspecto alguna duda. Si en principio resulta constitucionalmente admisible la desigualdad con relación al acceso al trabajo, una vez producido este la principal cuestión es discernir cuáles son los límites al ejercicio.

La remisión a la situación nacional de empleo o la entrada a través de las contrataciones en origen podría argumentarse como límites legítimos en lo que al plano normativo se refiere para delimitar la actividad a un determinado sector o actividad. Más problemático resulta la limitación del ejercicio del derecho a un determinado territorio, por su conexión al derecho a la libertad de circulación, consagrado en el Art.19 de la Norma Fundamental.

La Constitución reconoce exclusivamente el derecho a la libre circulación a los españoles, según la dicción literal del artículo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional mantiene para este derecho la misma línea argumental que para el principio de igualdad, manifestándose al respecto en el sentido de que la “inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema [...].Cuestión distinta es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España”⁶³⁷, sobre todo en lo que se refiere a la movilidad para trabajar.

⁶³⁶ La Ley orgánica de extranjería reconoce la igualdad una vez transcurridos 5 años de residencia. Art 32: “La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles”.

⁶³⁷ STC 94/1993 de 02.03.1993 BOE n.100

El Tribunal remite a los tratados y a las leyes, según la previsión del artículo 13 de la CE, reiterando en que es lícito que a través de éstos se module el ejercicio de los derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre extranjeros y españoles. Sin embargo, lo hace en relación a lo que “atañe a entrar y salir de España”⁶³⁸. En este sentido reconoce que la libertad del legislador al configurar los derechos de los extranjeros en cuanto a su entrada y permanencia en España es muy amplia, pero en modo alguno absoluta.

La lógica que impera tanto en el ámbito internacional como comunitario parece dirigida más a un control de la libertad de circulación entre fronteras que a su restricción dentro del territorio de un Estado, una vez que se encuentran legalmente en el mismo. En este sentido, el Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 1966, en su artículo 12, dispone que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por el [...]”. En la misma línea, se manifiesta el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Extender las limitaciones a la libertad de circulación dentro del territorio, una vez que la entrada y la permanencia en España se ajustan a la legalidad establecida, no es más que crear un artificio de fronteras dentro del territorio del Estado. Esto afecta directamente al ejercicio del derecho. Su delimitación a través de ciertos condicionantes, encuentra su límite máximo en la desconfiguración del derecho al término de quedar vacío de contenido.

El sentido inicial de la Ley, en principio, estaría en esta línea, reconociendo en su artículo 5.1 el derecho de los extranjeros a circular libremente por el territorio español sin más limitaciones que las establecidas con carácter general en los tratados y las leyes y que se encuentren en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de la Ley. Las limitaciones al derecho que se recogen en el artículo son de carácter específico⁶³⁹, sumado al

⁶³⁸ STC 94/1993 de 02.03.1993 BOE n.100

⁶³⁹ Art. 5.2 “No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada,

hecho de que su duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justifican su adopción. El signo que prevalece es el del reconocimiento, siempre que su presencia en el territorio del Estado se ajuste a lo establecido en la ley. Este hecho contrasta con la posibilidad de su limitación cuando se trata de ejercer una actividad por cuenta ajena, contando con los permisos de trabajo y residencia que son exigidos para su ejercicio.

Este tipo de limitaciones en el ejercicio, junto a la ausencia del reconocimiento del derecho al trabajo, choca con el resultado que se obtiene de acudir a la remisión del artículo 13.1 de la CE a los Tratados, en virtud de la cláusula general de interpretación del artículo 10.2 de la CE. La línea seguida en este ámbito es la del reconocimiento del derecho al trabajo a todas las personas.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo segundo, establece con carácter general que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna”, incluyendo expresamente el origen nacional o social. En su artículo 23.1 dispone que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. En la misma línea se encuentran el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular sus artículos 6 y 7, referidos al trabajo, una vez más reconocidos a todos en cuanto personas.

En el ámbito europeo, la Carta Social Europea, que comprende un importante número de derechos para el trabajador que desarrolla su actividad en el espacio europeo, se extienden igualmente a toda persona o a todo trabajador. Sin embargo, algunos de estos derechos se condicionan a

motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministro de Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley”. En el mismo sentido en el Art. 5.1 se dispone que se tratará de limitaciones acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

encontrarse legalmente en el territorio de la comunidad⁶⁴⁰. Del mismo modo, la Carta de Derechos de la Unión Europea, reconoce que toda persona tiene derecho a trabajar, supeditado el derecho a la autorización correspondiente.

El reconocimiento en el ámbito internacional y europeo del derecho del trabajo a todas las personas, aunque se trate de una atribución formal del derecho⁶⁴¹, es fiel reflejo de la “universalización de los derechos de status”, que no se obtendrá en la práctica, sino “con la sustitución, o complementación, del título trabajo con el título ciudadano”⁶⁴². En este sentido, la posibilidad de extensión del derecho a otros titulares diversos de los nacionales tendría un respaldo jurídico internacional, superando, de esta forma, la diferencia sustancial que se da entre establecer requisitos para el ejercicio de un derecho y negar *a priori* su reconocimiento.

Por otro lado, el sistema de atribución de los derechos presente en el texto constitucional, con la utilización de términos como “los españoles”, no impide, en principio, ampliaciones en el ámbito subjetivo del derecho, al no contemplar explícitamente la prohibición de extensión del derecho.

Este tipo de ampliación se ha llevado a cabo con otros titulares diversos a los nacionales: los ciudadanos comunitarios. Para ellos se establece la prohibición de trato desigual en atención a la nacionalidad y a la libertad de circulación. Pero, al margen de esta situación, es la propia Constitución la que por la misma vía abre la puerta para el reconocimiento del acceso al empleo, a los extranjeros extracomunitarios, a través de la existencia de Tratados o Leyes en ese sentido⁶⁴³.

En esta línea, ya se mencionó con anterioridad que la tesis del Tribunal Constitucional, respecto a la vinculación al tenor literal de los términos de atribución manejados en el texto constitucional, es que no implica que ello

⁶⁴⁰ En particular, su artículo 19 n.4,5,6,7.8 y 9

⁶⁴¹ En este sentido Celsa PICO LORENZO “*El Derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. La escasa protección de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos*” En *Jueces para la democracia* n° 11, 1990 págs. 82-83

⁶⁴² Cfr. J. L. MONEREO PEREZ y C. MOLINA NAVARRETE. *Op. cit.*, pp.292

⁶⁴³ En este sentido SSTS Sala 3ª de 21.05.1990,23.02.1991 y 25.02.1992

limite la posible titularidad por otras personas⁶⁴⁴. El artículo 35.1 de la CE reconoce el derecho a los españoles, pero no establece de forma expresa el no reconocimiento a los extranjeros. Esta cláusula de apertura permitiría, por tanto, una extensión del ámbito subjetivo del derecho.

2.3. *El ejercicio del derecho en ausencia de autorización para trabajar. Validez o invalidez del vínculo laboral.*

Probablemente uno de los aspectos más complejos en materia de extranjería, es instrumentar la posibilidad de establecer la validez jurídica del vínculo laboral, cuando el trabajo es realizado por aquel que carece de habilitación para llevarlo a cabo. Este hecho, lejos de ser excepcional, es una realidad que continúa en la actualidad desbordando la norma. La problemática gira, por tanto, en torno a las consecuencias que pueden derivarse del contrato de trabajo, sobre todo, en orden a su validez.

Con anterioridad a la Ley Orgánica 4/2000, la línea mantenida en este sentido, aunque no siempre compartida, fue la de que, una vez que faltan los requisitos formales para establecer el vínculo laboral, su incumplimiento conlleva la invalidez⁶⁴⁵. Esta conclusión se ha ido perfilando a través de la jurisprudencia, porque de la normativa solamente cabía deducir la necesidad del cumplimiento de unos requisitos para trabajar y el régimen de sanciones en orden a su incumplimiento; sin embargo, no se establecía la importancia que podía tener, para el contrato de trabajo, el que este se ejecutará sin los preceptivos permisos. En este estado de cosas, la jurisprudencia se inclinaba por declarar la nulidad del contrato, reconociendo únicamente al trabajador el derecho a la remuneración por los servicios prestados apoyándose en la eficacia *ex tunc* de la nulidad del contrato de trabajo. Esto no impidió que en algunas sentencias se reconociera el derecho a las prestaciones de la

⁶⁴⁴ STC 19/1983 de 14.03.1983 BOE n.87

⁶⁴⁵ En este sentido, el Decreto 1870/68 de 27 de julio condicionaba la validez del contrato de trabajo al visado de la Delegación de Trabajo y a la expedición del permiso de trabajo. Igualmente la LO 7/1985 configuraba como obligatorio el permiso de trabajo con el de residencia, condicionado a la presentación de un contrato de trabajo por escrito o un compromiso formal de colocación. Trabajar en ausencia de éstos, era sancionado con la expulsión.

Seguridad Social por accidentes sufridos por trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo⁶⁴⁶.

En todo caso, la opción de la nulidad del contrato de trabajo se daba sin que hubiera consenso en lo que se refiere a la vía que conducía a tal conclusión. Parte de la doctrina y alguna que otra resolución judicial apoyaban la nulidad en la falta de capacidad del trabajador extranjero sin permiso de trabajo en concordancia con el artículo 7 c) del ET⁶⁴⁷.

La sentencia de 21 de marzo de 1997 de la Sala de lo Social del TS, dictada en unificación de doctrina, consolidada el entendimiento, aunque con alguna excepción⁶⁴⁸, de que “un contrato de trabajo [...] sin obtención de los permisos de residencia y de trabajo [...] es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la Ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concertada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el ya citado Art.7, c) del Estatuto de Trabajadores”, dejando a salvo el derecho a percibir las retribuciones correspondientes a las labores ya realizadas, por aplicación del artículo 9.2 del ET.

Sin embargo, se seguían manteniendo discrepancias en cuanto a la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial, con pronunciamientos en un sentido y en otro⁶⁴⁹, como con relación al derecho a los salarios de tramitación. En materia de despido se declaraba reiteradamente su inexistencia, cuando por decisión empresarial cesaba la prestación de servicios por parte del trabajador sin permiso de trabajo⁶⁵⁰. Las consecuencias derivadas de esta situación eran, por un lado, la indiferencia del tiempo trabajado, al no computarse en el cálculo de las indemnizaciones por despido⁶⁵¹ y, por otro, la inobservancia de las formalidades exigidas para los despidos. Como la argumentación su sustentaba en que se está ante un negocio jurídico concluido contra la

⁶⁴⁶ En este sentido STSJ Cataluña de 20 de noviembre de 1997 (AS 1997 /3938), STSJ Andalucía, Granada de 7 de enero de 1998 (AS 1998 / 378), entre otras.

⁶⁴⁷ En este sentido SSTs DE 28.03.1986, 20.10.1986

⁶⁴⁸ SSTSJ de Canarias de 10 de junio de 1997 y de Andalucía de 1 de enero de 1998.

⁶⁴⁹ La SSTSJ de Andalucía de 27.05.1998 es favorable al reconocimiento de la responsabilidad, sin embargo, en otras como la STSJ de Andalucía de 03.07.1998, no se reconoce.

⁶⁵⁰ SSTSJ de Cataluña de 2.07.1996, STSJ de Andalucía de 13.07.1993

⁶⁵¹ SSTSJ de Cataluña de 11.01.1999

prohibición expresa de la ley, esto impedía accionar por despido dada la nulidad del nexo contractual.

Al margen de las discrepancias sobre estos aspectos, con esta inteligencia se daba por cerrada la cuestión. A partir de este momento, se impedía igualmente cualquier intento de convalidación en orden a la validez del contrato, instrumentado en otras ocasiones por el Tribunal, de modo que la relación jurídica derivada de contrato de trabajo, escrito o compromiso formal de colocación, se consideraba válido en el supuesto de que fuera otorgada la autorización administrativa posterior concediendo el permiso de trabajo⁶⁵².

Todo esto no impidió las críticas doctrinales, principalmente en dos sentidos. Por un lado, sobre las reglas de nulidad del CC, que “no ofrecen una base sólida en que basar la nulidad del contrato de trabajo en curso”. Idea que se ve reforzada con la modificación que se introduce con la nueva ley, que evidencia que “la nulidad de los contratos es una institución que debe de aplicarse de modo muy restrictivo”⁶⁵³. Y por otro, que por esta vía se “permita beneficiarse de la acción de nulidad a quien por su acción o voluntad ha concurrido a generar esa causa” estableciendo de esta forma, vía jurisprudencial, la nulidad del contrato como “sanción extrema y última”⁶⁵⁴.

Con la LO 4/2000 se invierten los términos en lo que parece una toma de conciencia de la realidad social a la que se tiene que aplicar la norma. El incremento de trabajadores sin autorización para ejercer una actividad laboral precisa de un marco normativo capaz de gestionar adecuadamente esta realidad, limitando los efectos perversos que se derivan del trabajador-ilegal sin derechos y del crecimiento de la economía sumergida. No se trata de valerse de esta vía para generar canales de regularización de las situaciones jurídicas de los extranjeros indocumentados. Al contrario, significa la constatación de un

⁶⁵² STSJ de 21.12.1994. En el mismo sentido las sentencias 23.02.1987, 01.06.1987, 31.12.91.

⁶⁵³ Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia. *Despido Improcedente*. Reconocimiento de derechos laborales a los inmigrantes ilegales. Revista Relaciones Laborales núm. 14. La Ley. Madrid, julio 2002, pp.117

⁶⁵⁴ Cfr. Miguel RODRÍGUEZ-PINERO. Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante. Revista Relaciones Laborales. La Ley, abril 2001, núm.8 pp. 97/98

hecho que afecta al trabajo humano y que reclama providencias jurídicas reparadoras.

La Ley Orgánica 4/2000 supone un punto de inflexión en la materia. Su artículo 33.3 establece que “la carencia de la correspondiente autorización para contratar por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”. Esta previsión normativa, en un aspecto tan importante como son los derechos derivados de un contrato de trabajo no pueden ser sino los que ya normativamente se han reconocido para aquellos cuya situación es «legal», es decir, el paradigma del «trabajador extranjero»⁶⁵⁵. El reconocimiento de efectos, en estos casos, hizo quebrar la tesis de la nulidad de los contratos de los extranjeros sin autorización para trabajar⁶⁵⁶; por tanto, la carencia del permiso de trabajo no implicaría más que el contrato pueda reputarse nulo. Esta será la línea que mantendrá la jurisprudencia social del Tribunal Supremo⁶⁵⁷. El reconocimiento de efectos jurídicos laborales no perjudica la posibilidad de efectos jurídicos en otros ámbitos, sobre todo ante la reprobabilidad del acto de valerse de mano de obra indocumentada para obtener ventajas económicas. Al contrario, constituye su justo complemento. Más complejo es determinar qué efectos podía llegar a tener.

La redacción del artículo 33.3 de la LO no ha estado exenta de críticas por algún sector de la doctrina, que entiende que se sigue sin establecer previsión alguna “en torno a las consecuencias que acarrea la falta de la referida autorización sobre el contrato de trabajo”⁶⁵⁸; sin embargo, para otros

⁶⁵⁵ Cfr. José Luis ASENJO PINILLA. *Trabajadores extranjeros no comunitarios: derechos laborales y sindicales*. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial. Derecho Internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2001, pp.249

⁶⁵⁶ En este mismo sentido, Margarita Isabel RAMOS QUINTANA en “*Derechos y libertades de los extranjeros en España*”, Tomo I, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, edit. Gobierno de Cantabria, 2003, pp 559 “Se invierte la regla tradicional, de tal modo que la carencia de permiso no determina la invalidez del contrato respecto a los derechos del trabajador”.

⁶⁵⁷ STS 9 de junio de 2003 (RJ 3940/2003) en los fundamentos de derecho 3 se señala que “*el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación un contrato nulo*”. En la misma línea la STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 o la STS 29 de septiembre 2003 (RJ7446/2003)

⁶⁵⁸ Cfr. Pilar CHARRO BAENA. “*Las autorizaciones para trabajos de extranjeros*,” Editorial Aranzadi, Navarra, 2000. pp.127/141 En el mismo sentido Manuel ALONSO OLEA. *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*. Cuadernos Cívitas. Madrid 2001, pp 61.El autor

sectores la inclusión de este precepto conlleva asumir “un segmento temporal en el que ha existido una auténtica relación laboral, lo que implica que el extranjero ha sido trabajador de acuerdo con las concepciones de nuestro sistema jurídico, durante ese tiempo⁶⁵⁹”.

Sin restar valor a la norma, que ha llegado a ser calificada “de una importante e innovadora norma, que modifica la legislación precedente y la jurisprudencia establecida sobre ella⁶⁶⁰”, no se puede negar la ausencia de una deseable concreción de los derechos que quedaban a salvo en este tipo de relaciones que nacen viciadas en su origen y es desde él donde deben instrumentarse las soluciones. El problema ahora trasciende de la cuestión administrativa entre extranjero y Estado e involucra en mayor medida al beneficiario de los servicios prestados.

La indeterminación del precepto dejaba indefectiblemente a los Tribunales la concreción de su contenido. En las diferentes interpretaciones jurisprudenciales sobre la materia también se aprecia cierto grado de confusión a la hora de delimitar cuales son los derechos capaces de producir efectos aunque, en términos generales, se aprecia una tendencia favorable a la protección del extranjero sin permiso para trabajar.

La sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002, en aplicación de la nueva legislación de extranjería, implica una ruptura con la línea jurisprudencial anterior, poniendo al descubierto la necesidad de una reinterpretación jurisprudencial del despido de extranjeros sin permiso de trabajo. El Tribunal entiende que el sentido de la nueva normativa no puede ser otro que el “de considerar que el contrato es perfectamente válido y eficaz para regular la relación jurídica existente entre empresario y trabajador, con independencia de las responsabilidades penales y administrativas a que

califica la norma “como reflejo del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores [...] Y ambos, LOEx y ET, reflejo del *omnis labor optat praemium* de la vieja fórmula”

⁶⁵⁹ Cfr. José María ESPINAR VICENTE. *Comentarios a la nueva ley de extranjería*. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid 2001. pp.26/27

⁶⁶⁰ Cfr. Antonio MARTÍN VALVERDE. *Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería*. Revista Tribuna Social, CISS Praxis, junio 2001 n.126.pp 19

podiera dar lugar el incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un trabajador extranjero que carece de permiso de trabajo”.

Los derechos económicos, tales como el derecho a recibir la contraprestación económica por el trabajo realizado, las percepciones de naturaleza extra salarial o el derecho a acceder en caso de proceder al Fondo de Garantía Salarial por salarios pendientes de pago⁶⁶¹, no parecen plantear mayor problema; en cambio, determinar el alcance en materia de prestaciones de la Seguridad Social se torna más problemático por la ausencia previa de las contribuciones de las que nacen estos derechos.

La línea jurisprudencial seguida es la del reconocimiento a los trabajadores en situación irregular del derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales por tratarse de una protección inherente al contrato de trabajo. Su alcance incluye la asistencia sanitaria, la incapacidad temporal, la incapacidad permanente y las prestaciones a las que hubiere lugar en caso de fallecimiento del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional. En este ámbito, rige además el principio de reciprocidad a favor de los trabajadores nacionales de Estados que, al igual que España, hubieran ratificado el Convenio OIT núm. 19 o cualquier otro Convenio de Seguridad Social internacional suscrito por España y en los que sea parte el Estado nacional del trabajador⁶⁶².

En lo referente al acceso a las prestaciones por desempleo, existen sentencias divergentes. En este sentido los pronunciamientos a favor de su reconocimiento ⁶⁶³ se apoyan en la inexistencia legal de su exclusión y, por tanto, en la posibilidad de extender a este supuesto el mismo reconocimiento

⁶⁶¹ En este sentido STSJ de Cataluña 10 de julio de 2002 (AS2002/2875). Con anterioridad a la LO4/2000 la línea jurisprudencial se encaminaba en este sentido, STSJ Andalucía/Sevilla 3 julio 1998 (AS1998/3498) aunque también existe jurisprudencia en contra STSJ Cataluña 16 de junio 1994 AS 1994/2578.

⁶⁶² En este sentido la STS de 9 de junio de 2003 (ROJ 2003, 3936) de unificación de doctrina y en la que se aplica el Convenio de Seguridad Social Hispano- Ecuatoriano. A este respecto, la OM 28 de diciembre de 1966 en su art. 1.4.b establece el principio general de reciprocidad en materia de contingencias profesionales.

⁶⁶³ En este sentido SSTSJ de Cantabria 26 de octubre de 2004 o STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005 (AS 3384).

que a las otras contingencias profesionales. Los pronunciamientos en contra⁶⁶⁴ se respaldan en la imposibilidad del cumplimiento de los requisitos legales necesarios para su acceso. Desde esta perspectiva, ambos razonamientos son válidos en términos jurídicos. El Tribunal Supremo⁶⁶⁵ terminará resolviendo en el sentido de reconocer el derecho del extranjero a la prestación de desempleo en el supuesto de contar con autorización para residir, pero negarlo si carece de ésta porque sin ella el extranjero no podía trabajar, ni inscribirse como demandante de empleo ni suscribir el compromiso de actividad, condiciones que los arts. 207 y ss. LGSS exigen para poder acceder a la prestación por desempleo.

Idéntica complejidad se aprecia en aquellos supuestos en que se existe una declaración de despido improcedente. La posibilidad legal de optar por el abono de la indemnización correspondiente o por la readmisión del trabajador implica una mayor problemática, especialmente si se opta por este último, como sucedería en caso de despido nulo. La procedencia de la indemnización por despido improcedente es un hecho jurisprudencialmente superado. La readmisión cuando procede por despido nulo evidencia un vacío legal de difícil abordaje en términos prácticos. A este respecto existe jurisprudencia reconociendo el derecho de readmisión⁶⁶⁶, aunque en estos casos nada se determina sobre los efectos que tal reconocimiento puede implicar. Lo cierto es que, salvo en aquellos supuestos en que estuviera pendiente la obtención o renovación del permiso de trabajo y esta fuera efectiva antes del pronunciamiento a favor de la readmisión, en el resto de los casos es difícil justificar en términos legales la procedencia de la readmisión.

La modificación operada por la LO 8/2000 en el art. 33.3 mantiene inalterable la redacción en lo relativo a la responsabilidad, modificando solo la referencia a la autorización que deben solicitar los empleadores, en los términos en que se establecía, según la cual “los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales [...]”. El tenor literal del precepto

⁶⁶⁴ En este sentido SSTSJ de Murcia de 13 de febrero de 2006

⁶⁶⁵ STS de 18-3-2008 (Núm. rec. 800/2007).

⁶⁶⁶ STS de 29 de septiembre de 2003 RJ 2003/7446

condujo a algún sector doctrinal a entender que había duplicidad en los permisos de trabajo y que los efectos en orden a la no invalidación se referían a cuando faltara la autorización por parte del empresario, sin embargo; en la ley 4/2000 nunca hubo dos permisos de trabajo sino un error terminológico⁶⁶⁷. Con la nueva redacción, se aclara que solo hay una autorización para trabajar, la del inciso primero del artículo, y que las responsabilidades que puedan derivarse son en relación a la ausencia de esta⁶⁶⁸.

Con la reforma de la LOEX 14/2003⁶⁶⁹ se introduce un cambio sustancial y cualitativo, incluyendo entre las responsabilidades a que da lugar la carencia de autorización del empresario, las que se deriven en materia de seguridad social, añadiendo de forma expresa que esta situación no será obstáculo para las prestaciones que pudieran corresponder al trabajador. Aunque se sigue dejando abierta la cuestión de las prestaciones que, dependiendo de la interpretación que se haga, extensiva o restrictiva, tendrá resultados diversos, la reforma consolida la doctrina jurisprudencial a favor del reconocimiento de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales de los trabajadores en situación irregular⁶⁷⁰. Pese a la buena voluntad de la reforma de ampliar el ámbito de protección en estos supuestos, una vez más, la norma adolece de una falta total de concreción y adecuación a otros preceptos “concordantes de

⁶⁶⁷ María Amparo BALLESTER PASTOR “*Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo; SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002*” Actualidad laboral. 2003-1 pp 162-63

⁶⁶⁸ En este sentido, M. Alonso OLEA y M.E CASAS BAHAMONDE. Derecho del Trabajo, 18ª ed. Civitas, Madrid 2000, pp144

⁶⁶⁹ Art.36.3 LOEX 14/2003

⁶⁷⁰ La reforma llevada a cabo por la Ley 14/2003 no delimita de forma expresa el reconocimiento a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, no obstante este parece ser el sentido. La reforma del art. 42.2 RGAAB por el RD 1041/2005 de 5 de septiembre confirma este extremo al establecer en su Artículo 42. De la afiliación y alta de los extranjeros apartado 2. “[...]los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida. Los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley” Doctrina que fue finalmente confirmada por el Tribunal Supremo STS de 18-3-2008 (núm. rec. 800/2007)

la propia LOEx y de otras leyes [...] que no han sido modificados”, resultando “un conjunto de preceptos con superposiciones y contradicciones entre ellos nada fáciles de resolver por el intérprete”⁶⁷¹.

La actual versión, tras la última modificación del precepto llevada a cabo por la reforma efectuada por la Ley 2/2009, está dirigida a reforzar la exigencia del alta en la Seguridad Social y a “recoger la jurisprudencia laboral sobre el acceso por los trabajadores extranjeros sin autorización de trabajo a las prestaciones de la Seguridad social”⁶⁷². Introduce dos cambios sustanciales. Por un lado, reafirma las responsabilidades del empresario en el ámbito de la Seguridad Social, recogiendo expresamente la referencia a los convenios internacionales de protección a los trabajadores en asunción de la línea jurisprudencial mantenida en este sentido. La reforma añade que las prestaciones procederán “siempre que sean compatibles con su situación”. Por otro lado, cierra la posibilidad de acceder a la protección por desempleo y la interpretación jurisprudencial a este respecto, señalando expresamente que “en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”.

Finalmente, la LO 2/2009 incluye ahora expresamente que, salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

2.4. La vinculación con las libertades públicas. El derecho de libertad sindical. Contenido esencial y ámbito subjetivo del derecho.

El desarrollo y efectivo ejercicio del derecho del trabajo, en su entendimiento actual, quedaría desvirtuado sin el reconocimiento de la libertad sindical. La autonomía entre derecho individual y colectivo del trabajo, sobre todo en lo que se refiere a las posibles divergencias entre los destinatarios en

⁶⁷¹ Francisco Javier GOMEZ ABELLEIRA. “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia”. Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales núm. 63. pp122 En efecto, la nueva redacción del artículo choca con otros preceptos de la LOEx como el art. 10.1 o el 14.1, o con el art.7.1 LGSS “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España”.

⁶⁷² David MOYA, Pascual AGUELO NAVARRO “La reforma de la Ley de extranjería” Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid 201 pp 55

un plano y en otro, no impide establecer entre ellos un vínculo inexorable; al contrario, es a partir de esa autonomía que se presenta la posibilidad de que el derecho, en su dimensión colectiva, despliegue sus efectos a titulares que pueden ver reducidos sus derechos en el plano individual. Esta posibilidad, alcanza al derecho de libertad sindical.

Desde una perspectiva histórica y, principalmente en relación a la experiencia europea, se puede diferenciar una evolución del derecho de libertad sindical marcada por la inicial prohibición de formación y acción colectivas, pasando por la tolerancia, en formas aún no consolidadas al entendimiento actual del derecho, hasta llegar a su reconocimiento y posterior consagración en los planos constitucional e internacional⁶⁷³. Todo ello, sin perjuicio de las experiencias concretas de cada ordenamiento en sus específicos procesos de afirmación.

En el caso de España, con la excepción de la Constitución Republicana de 1931 que en su artículo 39 reconocía el derecho de asociación o sindicación libre a los españoles, el antecedente más cercano a la constitucionalización del derecho a la libertad sindical, según su configuración actual, probablemente se encuentra en la Ley de Asociación sindical 19/1977, de 1 de abril, que “reguló la libertad sindical sobre las pautas marcadas en los Convenios internacionales, especialmente el núm. 87 de 1948 y el núm. 98 de 1949 de la OIT, que todavía hoy siguen orientando la interpretación del Art. 28.1 de la CE”⁶⁷⁴. Hasta ese momento no cabe hablar de un derecho de libertad sindical, al menos tal y como hoy es entendido, sino más bien de un seudosindicalismo oficial, propiciado por el momento histórico y político en el que tuvo su desarrollo.

El artículo 28 de la CE consagra, en su apartado primero, el derecho de libertad sindical, dentro de la sección primera “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” de su capítulo segundo. Su constitucionalización e

⁶⁷³ En este sentido Tomás SALA FRANCO. “La libertad sindical”. En Ignacio Albiol Montesinos, Juan López Gandía, Luis Miguel Camps Ruiz y Tomás Sala Franco. *Derecho del Trabajo. Fuentes y relaciones colectivas*. Tomo I, Valencia, Tirant lo blanch, 2001, pp.146/149

⁶⁷⁴ Cfr. Antonio OJEDA AVILÉS. *Comentario a la Constitución socio-económica de España. La libertad sindical*. Ed. Comares. Granada 2002, pp.1035

integración en el catálogo de los derechos fundamentales es el fruto de su adaptación al modelo constitucional específico de las sociedades democráticas.

De la configuración del derecho en la Norma Fundamental se desprende un contenido esencial que, no solo comprende la posibilidad de afiliación o no a un sindicato, sino también el derecho a fundarlos. Esto en lo que se refiere a la dimensión individual del derecho. En su dimensión colectiva, la libertad sindical también comprende “el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas”. Contenido que ha sido ampliado por la doctrina del Tribunal Constitucional más acorde a la configuración del derecho que en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical se establece, incluyendo, en el ejercicio de la actividad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga.

En lo que al ámbito subjetivo del derecho se refiere, la Constitución consagra un reconocimiento del derecho empleando el término “todos”, terminología utilizada por la Norma cuando se trata de otorgar un alcance general al derecho. Esta asignación universal, sin embargo, se entiende atribuida a todos en cuanto trabajadores, delimitación que ha sido perfilada por la jurisprudencia, sobre la vinculación de la libertad sindical al ejercicio de la actividad laboral. Por tanto, se reserva el derecho en el plano individual a los trabajadores, «libertad sindical individual», y en el plano colectivo, a los sindicatos de trabajadores, «libertad sindical colectiva», que afecta a los derechos inherentes de los sindicatos constituidos⁶⁷⁵ acorde a la doble dimensión del derecho. Las únicas limitaciones al ámbito subjetivo del derecho que establece el Art.28.1 de la CE van dirigidos a las Fuerzas o Institutos armados, como a los demás Cuerpos que estén sometidos a disciplina militar y las peculiaridades que puedan resultar del ejercicio del derecho en el caso de los funcionarios públicos.

⁶⁷⁵ Denominaciones utilizadas por Tomás SALA FRANCO, Ignacio ALBIOL MONTESINOS. “*Derecho sindical*” Valencia, Tirant lo blanch 5ª edic,1998 pp.48

Por tanto, los extranjeros «extracomunitarios» tienen reconocido el derecho a la libertad sindical, en principio, por la Norma Fundamental. Sin embargo, la cuestión es más compleja. Sobre la existencia de derechos fundamentales de los extranjeros en España, cuyo reconocimiento resulte de la propia CE, o más bien del propio contenido esencial de los derechos fundamentales previstos en la CE, el TC se ha posicionado al respecto, de manera que este punto no ofrece dificultades. Según su conocida doctrina, “los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 de la CE)”. Los derechos no así referidos estarían fuera de ese ámbito, “como el reconocido en el artículo 23 de la CE, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene”.

Por otro lado, se encuentra la categoría de derechos titularizados por los extranjeros, “en la medida y condiciones que se establezcan en los tratados y leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales”. En estos se incluyen los derechos “relativos al trabajo, a la protección de la Seguridad Social y a la asistencia sanitaria⁶⁷⁶”.

El Tribunal Constitucional subraya que el envío a los tratados y a la ley no implica “desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas”. Se trata de derechos “dotados – dentro de su específica regulación – de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal”⁶⁷⁷.

La previsión de un contenido de configuración legal, sin excepciones, puede llevar a la conclusión de que no existe un contenido directamente constitucional susceptible de tutela, pero, en seguida, se afirma que esta “configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato

⁶⁷⁶ María Emilia CASAS BAAMONDE. “Evolución Constitucional y Derecho del Trabajo”. *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*. A. PEDRAJAS MORENO (dir.), Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 106. Se hace mención a las sentencias del TC 107/84, 99/85, 115/87, 94/1993, 130/1995 y 95/2000.

⁶⁷⁷ STC 107/84, de 23.11.1984 BOE n.305

relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros”. El Tribunal dice cuáles son los derechos que ahí se encuadran: los “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, y, para no dejar dudas, especifica que son “aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Entre ellos cita “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc.” Y añade que estos derechos “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”.

Aunque no esté muy claro el rango del contenido del derecho fundamental de los extranjeros vinculados a la dignidad de la persona humana, la clave se encuentra en la mencionada sentencia, en la imposibilidad de un tratamiento desigual respecto a los españoles, en razón de la necesidad de una tutela indiferenciada de la dignidad humana. La existencia de un contenido de garantías y facultades previstas para determinados derechos fundamentales, indisponible a la acción del legislador, se aplica a todos los que sean sus titulares. El tratamiento igualitario en el ejercicio de estos derechos sólo será posible si se reconoce a los extranjeros las mismas garantías y facultades a partir de la Constitución, con independencia de cualquier ley o tratado previendo su existencia. Conclusión diversa resultaría de la diferenciación de trato y la consagración de una dignidad de segunda clase para los extranjeros.

El TC posiciona, por tanto, el valor de la dignidad humana en rango superior a cualquier condicionamiento proveniente de la legislación, de los tratados internacionales o de la situación jurídica de los extranjeros. La nacionalidad como valor localizado cede al valor universal del ser humano como la medida y fin de todas las cosas.

En relación a este aspecto, el derecho de libertad sindical se presenta especialmente problemático. Se trata de determinar si el derecho a la libertad sindical es un derecho inherente a la dignidad de la persona o, por el contrario, es un derecho de configuración legal, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. El resultado de esta

premisa trasciende a una problemática mayor. De pertenecer a la primera categoría, ésta sería la vía de apertura para el reconocimiento del derecho a otros titulares diversos de los extranjeros habilitados para trabajar; aquellos que se encuentran trabajando en situación irregular.

Otro aspecto relevante es la separación entre Estado y sindicato y la relativa autonomía entre la actividad sindical y legalidad. En los debates que antecedieron a la aprobación del convenio 87 de la OIT, los representantes de los empleadores pretendían una mayor vinculación entre ley y actividad sindical. Al final se consagró una especie de término medio, por el que esa actividad no depende de previsión expresa en la ley y no puede ser por ella menoscabadas o reducidas sus garantías, pero, por otro lado, no puede contrariar la legalidad⁶⁷⁸. Siendo así, la libertad sindical no se condiciona a cualquier acto estatal o medida legislativa para legitimarse. El resultado de la acción sindical es que puede ser objeto de un juicio de legalidad.

Todo esto conduce a que una interpretación abierta del ámbito subjetivo del artículo 28.1 CE, contando con el auxilio de los instrumentos internacionales (art. 10.2 CE), permite reconocer, a partir de su propio contenido, a los extranjeros como titulares del derecho en la misma extensión reconocida a los españoles. Entendiendo, además, que el derecho de libertad sindical en la CE alcanza tanto un genérico derecho de negociación colectiva, como de huelga⁶⁷⁹.

El reconocimiento constitucional en términos generales fecundaría este entendimiento. La línea seguida por la Norma Constitucional es la de atribuir los derechos que quiere dejar a salvo de una equiparación absoluta en términos de igualdad estableciendo su reconocimiento expresamente a los españoles. Por otro lado, invertir los términos de atribución cuando un derecho es reconocido a todos, restringiendo su titularidad, no solo afectaría a este supuesto, sino el sistema al completo de los derechos fundamentales.

⁶⁷⁸ Jean-Michel BONVIN. *L'organisation internationale du travail. Étude sur une agence productrice de normas.* Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 209 y ss.

⁶⁷⁹ Cfr. Fernando VALDÉS DAL-RÉ. "El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional". *Relaciones Laborales, Negociación Colectiva y Pluralismo Social*. Madrid, MTAS, 1996, pp. 119 y ss.

2.5. *La libertad sindical en las Declaraciones y los tratados internacionales. La titularidad y el contenido del Derecho. La OIT.*

El derecho de libertad sindical es objeto de varios instrumentos internacionales y comunitarios, figurando hoy prácticamente en la totalidad de los que se refieren a los derechos humanos. Hay pequeñas variaciones entre los dispositivos que lo garantizan, pero la tutela otorgada en todos ellos coincide en dos aspectos fundamentales: por un lado, se establece un reconocimiento del derecho con carácter general, por otro, y en consonancia con lo anterior, ninguno hace referencia a restricciones por razón de nacionalidad. La libertad sindical consta expresamente, entre otros, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, de 1966, en el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950, en la Carta Social Europea, de 1961, en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, de 1989, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000.

Toda y cualquier disposición sobre libertad sindical, ya sea en el ámbito nacional, regional o internacional, no puede dejar de tener en cuenta la precisión del contenido de ese derecho desarrollado por la entidad internacional especializada en materia laboral, la Organización Internacional del Trabajo, que cubre el marco sindical en sentido estricto.

La libertad sindical posee una especial importancia para las actividades de la OIT, considerando que se trata de un derecho que está asociado de manera importante a su estructura tripartita. Sin el efectivo goce de la libertad sindical en todos los Estados miembros, los debates entre los actores sociales y los representantes de los diversos gobiernos en la OIT quedarían completamente desvirtuados, afectando al contenido y a la legitimidad de la normativa internacional del trabajo.

No es sólo por esta razón que el derecho de libertad sindical se sitúa en el rango máximo para esta organización. Existe una conexión entre ese

derecho y los derechos fundamentales en general. El ejercicio de la libertad sindical, aparte de su importancia para el nivel de las condiciones de trabajo, favorece el desarrollo de los seres humanos en su plenitud. Así como depende de otros derechos fundamentales, contribuye, al mismo tiempo, para el efectivo goce de los demás.

Los convenios internacionales sobre libertad sindical, en especial los números 87 y 98, fueron adoptados en un contexto de revaloración de los derechos humanos como un todo. La aprobación de estos convenios en la misma época que la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el resultado de la interdependencia entre los derechos que forman estos dos documentos⁶⁸⁰. Además de su originaria misión dirigida a las cuestiones económicas y sociales, la OIT, a partir de la Declaración de Filadelfia, pasa a concentrar la atención a la promoción del “desarrollo espiritual de la persona, en condiciones de libertad y dignidad”⁶⁸¹. Esa revalorización de los derechos humanos forma parte de un nuevo paradigma jurídico, surgido tras la Segunda Guerra Mundial, por el cual la protección de los derechos humanos deja de ser una cuestión interna para reclamar protección más allá del Estado nacional⁶⁸².

Son diversos los derechos expresados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos sin cuya observancia el derecho de libertad sindical quedaría comprometido. La libertad y la seguridad de la persona, la protección contra la prisión y detención arbitraria, la libertad de opinión y expresión, de reunión, el derecho a un proceso regular por tribunales independientes y la protección al derecho de propiedad de las organizaciones sindicales son algunos de los derechos esenciales de la libertad sindical⁶⁸³. Este derecho

⁶⁸⁰ Cfr. Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO. “OIT, derechos humanos y libertad sindical”. *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 1999, pp. 3.

⁶⁸¹ Cfr. Lee SWEPSTON. *La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. RL. pp. 117/188. José Luis GIL y GIL y Tatiana USHAKOVA. “La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. *Documentación Laboral*, n. 59, ACARL, 1999, pp. 101 y ss.

⁶⁸² Luigi FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La Ley del más Débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid, Trotta, 1999, pp. 144.

⁶⁸³ En 1970, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Resolución “sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles”. Cfr. Geraldo von POTOBSKI. “El Convenio n. 87, su impacto y la acción de la OIT”. *Revista internacional del trabajo*. Vol. 117, n. 2, Ginebra, OIT, 1998, pp. 235.

debe ser considerado como “la suma de todos los derechos y libertades imprescindibles para que puedan existir y funcionar eficazmente los sindicatos democráticos para que estén en condiciones de defender y promover los intereses de los trabajadores⁶⁸⁴”.

La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada en 1998, por la OIT, completa este ciclo, al confirmar la posición de supremacía del derecho de libertad sindical. La declaración no expresa nuevos contenidos o titulares, sino que menciona los principios y derechos fundamentales según los convenios de la OIT.

En razón de la importancia de la libertad sindical en el desarrollo de la personalidad humana, existe una tutela específica y diferenciada, a través de la actuación del Comité de Libertad Sindical⁶⁸⁵. El Comité aprecia quejas de violaciones de este derecho, con independencia de la ratificación de los convenios, con tal de que el Estado sea miembro de la OIT. A partir del examen de los casos, ha sido posible la elaboración de un cuerpo de principios que orientan no sólo la resolución de los problemas concretos, sino que sirven de directrices para las legislaciones y jurisprudencia nacionales, como parámetro de ajuste del ordenamiento interno a la interpretación realizada por la OIT⁶⁸⁶. Es en razón de la reconocida autoridad de la labor del Comité que se definen sus funciones, calificándolas de “casi judiciales”. Su doctrina, al complementar los convenios, ofrece una interpretación del contenido explícito e implícito de la libertad sindical⁶⁸⁷. Ese trabajo fue fundamental al reconocimiento de la “validez internacional de los principios de la libertad sindical y en haber establecido que los gobiernos, hasta cierto punto, deben rendir cuentas internacionalmente por la política sindical que aplican”.⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ OIT. *Las normas internacionales del trabajo*. Manual de Educación Obrera, 4ª ed., Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1998, pp. 117

⁶⁸⁵ Sobre la actuación del Comité, Bernard GEMIGON. *El Comité de Libertad Sindical de la OIT: características principales e influencia en España. Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 1999.

⁶⁸⁶ *Libertad sindical y negociación colectiva. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. 81ª reunión*. Ginebra, OIT, 1994, pp. 8.

⁶⁸⁷ José Ignacio GARCIA NINET y Jaime YANINI BAEZA. “Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho social, internacional y comunitario*. N. 2, 1997, pp. 72.

⁶⁸⁸ OIT. *Las normas internacionales ... cit.*, pp. 128.

El convenio 87 garantiza la titularidad del derecho a todos los trabajadores y empleadores “sin distinción”. El Comité de Libertad Sindical afirma los derechos sindicales de los extranjeros, sin la posibilidad de discriminación por este motivo, ni el requisito de reciprocidad es aceptable para justificar la no concesión de estos derechos⁶⁸⁹. De la misma manera, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha considerado que vulneran el principio de libertad sindical las restricciones relacionadas con la nacionalidad, incluso en los casos en que “la afiliación sindical de los extranjeros está sujeta a condiciones de residencia⁶⁹⁰”.

Respecto al contenido del derecho, el Comité de Libertad Sindical, junto a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendación, “han construido una sólida doctrina para integrar dentro del derecho a la libertad todo tipo de actividad sindical relativa a la defensa de los derechos de los trabajadores (reuniones, manifestaciones, publicaciones, etc.) y, más en concreto, el derecho a la negociación colectiva que, aparece como tal de forma diferenciada en la Declaración de 1998 y el derecho de huelga, pese a que no figura expresamente en el Convenio 87...”⁶⁹¹. El derecho de libre negociación de las condiciones de trabajo con los empleadores “constituye un elemento esencial de la libertad sindical”⁶⁹². De la misma manera, la huelga es un “elemento esencial del derecho sindical”⁶⁹³. El fundamento jurídico está en el artículo 3 del Convenio 87, que incluye la libertad de organizar las actividades y los programas de acción, y también el artículo 10, donde se prevé el fomento y la defensa de los intereses de los trabajadores por las organizaciones libremente creadas⁶⁹⁴. Además, “el derecho de huelga es el corolario lógico del

⁶⁸⁹ *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración*. 4ª ed. (revisada), Ginebra, OIT, 1996, p. 48, párrafos 208 a 211.

⁶⁹⁰ *Libertad sindical y negociación colectiva. Informe... cit.*, pp. 30/1, párrafos 61 y 63.

⁶⁹¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER. “La libertad sindical y el Convenio 87 (1948) OIT”. *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*. Tomo I, 1999, pp. 137.

⁶⁹² *La libertad sindical. Recopilación... cit.*, pp. 171 y 174, párs. 782 y 799.

⁶⁹³ *Libertad sindical y negociación colectiva. Informe cit...*, p. 69, pár. 146.

⁶⁹⁴ Alberto ODERO. “El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT.” *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 1999, p. 169. Ver tb. B. GERNIGON *et all.* “Principios de la OIT sobre el derecho de huelga”. *Revista internacional del Trabajo. OIT*. Vol. 117 (1998), n. 4, pp. 473.

pleno ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Sin él, la negociación puede resultar intrascendente e inoperante”⁶⁹⁵.

En lo referente a su dimensión fundacional, la línea de reconocimiento seguida en el ámbito internacional es la extensión a todos los trabajadores, con independencia de su condición o nacionalidad⁶⁹⁶. El Convenio núm. 87 de la OIT es contundente en este sentido. En su art. 2 se establece que el derecho a afiliarse no tiene “ninguna distinción”, a lo que sigue el artículo 3.2, que dispone que es obligación de los Estados “abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o entorpecer su ejercicio legal”, para lo que se reconoce a los trabajadores, sin distinción y sin autorización previa, el derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes.

La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce en su artículo 23.4 el derecho de toda persona a fundar sindicatos para la defensa de sus intereses. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 22.1, se reconoce igualmente el derecho a fundar sindicatos a toda persona. Las restricciones que se establecen en el apartado segundo del mismo artículo no afectan al reconocimiento del derecho, al disponerse en su apartado tercero la remisión al Convenio de la OIT sobre la materia del que España es parte, impidiendo, por tanto, adoptar medidas que menoscaben las garantías previstas en el Convenio. Este, no es otro, que el Convenio núm.87. Por último, dentro de este ámbito, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronuncia en el mismo sentido, en su artículo 8.1.a.

Dentro del marco europeo no estrictamente comunitario, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales nuevamente reconoce el derecho a toda persona a fundar sindicatos en su artículo 11.1. Finalmente y siguiendo con el ámbito de

⁶⁹⁵ *Su voz en el trabajo. Informe del director general. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.* Conferencia Internacional del Trabajo. 88ª Reunión, 2000.

⁶⁹⁶ En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos (23.4, 2.1) Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y culturales (art.22 y 8.1, respectivamente), el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y las libertades públicas (art.11.1) la Carta Social Europea núm. 5, Parte primera y el art.5, parte II.

influencia del Consejo de Europa, la Carta Social Europea no solo reconoce el derecho en los mismos términos expuestos, sino que además establece en su artículo 5 de la Parte II que “para garantizar la libertad de los trabajadores [...] de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales [...] las partes contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla”.

2.6. *El derecho de libertad sindical en la Ley Orgánica de extranjería.*

En el ámbito infraconstitucional la configuración del derecho de libertad de los extranjeros sufre modificaciones sustanciales. La LO 7/1985 de 1 de julio reconocía a los extranjeros el derecho a afiliarse al sindicato español de su elección, pero no a constituir sindicatos, por tanto, en lo que se refiere a la titularidad del derecho en su dimensión individual, la posibilidad de afiliación sindical les viene reconocida desde entonces, aunque ha sido objeto de variaciones sustanciales en lo relativo a la configuración de sus titulares. En la LO 7/1985 se supeditaba el reconocimiento del derecho a la situación de hallarse legalmente en España. Como se vio con anterioridad, el Alto Tribunal tuvo que pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ciertos aspectos de la Ley Orgánica 7/1985, entre otros, aquellos que afectaban al derecho de reunión y asociación. En este sentido, el Tribunal entiende que son derechos que se reconocen directamente por la Constitución a los extranjeros, pero también determina que son derechos de configuración legal. Ello implica la posibilidad del legislador “de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros”; pero esto no es óbice para que, en todo caso, tenga que respetar el contenido preceptivo del derecho, reconocido directamente por la Constitución también a los extranjeros. La inconstitucionalidad, en este caso, iba referida a la supeditación del ejercicio de los derechos a una autorización, lo que el Tribunal entendió como una invasión del contenido esencial de los mismos. Aunque esta sentencia no versó sobre la posible inconstitucionalidad de la normativa infraconstitucional en materia de libertad sindical, al ser la sindicación una manifestación del derecho de asociación, precisamente, “una específica

concreción del género que conforma el derecho de asociación”⁶⁹⁷, parece extensible el razonamiento llevado a cabo por el Tribunal. El problema, en su momento, será determinar cuáles son los límites al ejercicio del derecho de la libertad sindical.

Con la llegada de la LO 4/2000 se modifica la redacción dada por la Ley 7/1985, reconociendo el derecho de libertad sindical a los trabajadores extranjeros que se hallen en España, lo que se correspondía, plenamente, con “el planteamiento universalista que efectúan los Tratados y Pactos”⁶⁹⁸, reconociendo el derecho tanto a los extranjeros en situación regular como irregular. Sin embargo, la norma no hablaba del derecho a afiliarse sino del derecho a sindicarse, sin hacer mención alguna acerca de la posibilidad de fundar sindicatos. Sobre si se extendía implícitamente esta posibilidad, era una cuestión controvertida. Algún sector de la doctrina entendió que la mención al derecho a “sindicarse” supone un reconocimiento del derecho sin restricciones, únicamente sería necesaria la condición de residente, ya que la misma estabiliza su identidad y, en orden a que, en su caso, puedan responder por el sindicato⁶⁹⁹.

Otro sector de la doctrina discrepaba sobre tal reconocimiento. La exceptuación legal de ciertos colectivos en orden al ejercicio del derecho en su dimensión fundacional ha sido siempre polémica, y no sólo, en lo que se refiere a su posible exclusión en relación a los extranjeros. La Ley Orgánica de Libertad sindical 11/1985 de 2 de agosto, en su artículo 3.1, excluye del ejercicio del derecho a titulares diversos a éstos. Esto se utiliza, en ocasiones, como argumento que evidencia que el derecho a fundar sindicatos no es imprescindible para la dignidad de la persona, bastando el reconocimiento del derecho de afiliación para su tutela. Además, la Ley diferencia en su artículo 2

⁶⁹⁷ Cfr. Miguel RODRÍGUEZ- PIÑERO. “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante” *Revista Relaciones Laborales*. La Ley. Madrid, abril 2001, núm.8, pp. 36

⁶⁹⁸ Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ *Op. cit.*, pp. 35

⁶⁹⁹ En este sentido, Pablo SANTOLAYA MACHETTI. “Estudio Introductorio a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, *Revista justicia administrativa*, ed. Lex Nova pp.42. Antonio OJEDA AVILES *Op. Cit.*, pp.1036. Por otro lado, este criterio coincide parcialmente con el Informe elaborado por el CGPJ, aprobado por el Pleno celebrado el 26 de julio de 2000, en cuanto que ampara esa posibilidad para el caso de poseer la pertinente autorización administrativa.

el derecho a fundar sindicatos del que igualmente se posee a sindicarse. El carácter previo y referencial de la LOLS, conduce a este sector a entender, por tanto, la exclusión del derecho de fundación. Del mismo modo, la Declaración Universal de derechos distingue ambos supuestos. En este sentido, se entiende que no se deja una vía abierta a la extensión y que el reconocimiento del derecho a constituir sindicatos “supondría la institucionalización de un cauce para la participación colectiva de los no nacionales en los asuntos públicos”⁷⁰⁰, no siendo este el signo que prevalece en el espíritu del legislador.

Sin embargo, esta regla tendría excepciones, en forma de acuerdos firmados por España. En tal sentido y por ejemplo, en caso de Colombia el acuerdo relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales de 21 de mayo de 2001, en su artículo 2, establece que los trabajadores, siempre que su estancia este autorizada, “gozarán de todos los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral español”; por tanto se entienden incluidos los de naturaleza estrictamente sindical⁷⁰¹. Esto conduce al entendimiento de que el derecho a fundar sindicatos, en el caso de los extranjeros, depende de la atribución del derecho por un tratado disponiendo en este sentido y no del contenido esencial del derecho constitucionalmente consagrado. En este caso, los tratados sirven para constituir el derecho, no como elementos interpretativos genéricos.

De una forma u otra, el sentido con el que legislador a pretendido dotar el contenido del derecho, parece dirigido a no reconocer el ejercicio del derecho en su carácter fundacional, al mantenerse la norma en los mismos términos que la anterior Ley 7/1985.

Sin embargo, el derecho a fundar sindicatos forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, según el artículo 28.1 de la CE puesto en

⁷⁰⁰ Cfr José María ESPINAR VICENTE. *“Comentarios a la nueva Ley de Extranjería”* Universidad de Alcalá de Henares, Madrid 2001, pp.31

⁷⁰¹ Igualmente existen otros acuerdos firmados con Ecuador, el 29 de mayo de 2001 o con Marruecos, el acuerdo Euro-Mediterráneo, de 26 de febrero de 1996, en los que la redacción no es tan contundente y omnicomprensiva como en el caso de Colombia. La ambigüedad de los términos empleados en uno y en otro caso, plantea dudas sobre si en el tipo de derechos laborales reconocidos se entienden comprendidos los de naturaleza sindical.

conexión con el artículo 2.1^a de la LOLS⁷⁰². Esto supone que “la titularidad de los derechos fundamentales de los que gozan también los extranjeros exige en su desarrollo legal un cierto contenido del derecho y en concreto aquello que los define como tal según el art. 53.1 CE cuando habla del contenido esencial”⁷⁰³. Por tanto, seguir una u otra corriente del pensamiento tendrá efectos diversos. Si se parte del entendimiento de que el derecho aparece reconocido implícitamente en la LO de extranjería, la legislación infraconstitucional encajaría con las pautas constitucionales e internacionales. De otro modo, la regulación del derecho contenido en artículo 11 de la Ley Orgánica de extranjería podría ser entendida como inconstitucional.

En la misma línea, el art.36.3 de la LO 4/2000 establece que la ausencia de autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero. Entre estos derechos, la libertad sindical y el derecho de huelga constituyen una vía para que aquellos que por su situación se encuentran con una desprotección de sus derechos en el plano individual gocen, al menos, de una posibilidad de defensa de sus derechos, en una dimensión colectiva.

La contrarreforma efectuada por la LO 8/2000, inalterada por la 14/2003, varía de nuevo sustancialmente la atribución del derecho, disociando el reconocimiento del ejercicio. En este sentido, establece que todos “los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”, derecho, “que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”⁷⁰⁴. Las consecuencias prácticas son las mismas que con la Ley de 1985, aunque se intentan preservar las apariencias legales formulando el derecho en estos términos. De esta forma se busca eludir

⁷⁰² En este sentido, se manifiestan SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS *Op. cit.* pp. 54 Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ “Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000” *Revista Relaciones Laborales* nº 13. Madrid 2001. pp. 38 a 40.

⁷⁰³ Cfr. Marcos Francisco MASSO GARROTE. “La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, *Revista Actualidad Administrativa*, marzo de 2001, núm. 11, pp. 247

⁷⁰⁴ Art.11 de la LO 8/2000

“el espinoso problema de la titularidad universal o no de algunos derechos, para concentrarse en la limitación de su ejercicio”⁷⁰⁵.

La limitación en la extensión del derecho a los trabajadores extranjeros, con independencia de la situación administrativa en la que se encuentren en España instaurada con la Ley 8/2000 abrió nuevamente el debate sobre la posible inconstitucionalidad de la ley de extranjería

2.7. La libertad sindical de los extranjeros sin autorización para trabajar.

Llegados a este punto, encontramos que la normativa de extranjería condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, manifestación, asociación y libertad de sindicación a la autorización de estancia o residencia; y de huelga, a la autorización para trabajar⁷⁰⁶. La exclusión del goce de estos derechos por los extranjeros que se encuentren en situación distinta de los supuestos previstos en la ley propicio la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional⁷⁰⁷.

La solución no se presentaba pacífica. Disociar la titularidad del ejercicio de los derechos es entender que “todos los extranjeros son titulares de los derechos”, pero que “solo los residentes los pueden ejercer”, lo que es, además de una impropiedad jurídico-dogmática, un lenguaje confuso para

⁷⁰⁵ José LUJAN ALCARAZ. “La reforma de la Ley de extranjería” Revista *Aranzadi Social*, marzo 2001, núm. 21 pp 27

⁷⁰⁶ La Ley Orgánica 14/2003 de 20 de Noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000 de 22 de diciembre. Las libertades de reunión y manifestación están previstas en el artículo 7º, de asociación en el artículo 8º, de libertad de sindicación y huelga en el artículo 11.

⁷⁰⁷ Recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, Junta de las Comunidades de Castilla-La Mancha, Comunidad de las Islas Baleares, Junta de Extremadura y Principado de Asturias, por el Parlamento Vasco y por el de Navarra, por la Diputación general de Aragón y por el grupo parlamentario PSOE en el Congreso. Cfr. Salomé PEÑA. “La historia reciente de la legislación española sobre derechos y libertades de los extranjeros y algunas de las actuaciones que ha provocado”. En Javier DE LUCAS, Ángeles SOLANES, Salomé PEÑA. *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*. Valencia, Germania, 2001, pp.24

encubrir una realidad: la de que si se tiene la titularidad y no el ejercicio del derecho, no se tiene entonces, en el presente, derecho alguno⁷⁰⁸.

En este contexto, el examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las restricciones operadas por la Ley 8/2000 se planteaba bastante complejo y las posibilidades de alcanzar una solución válida para todos los sectores parecían remotas.

Sí se trasciende al marco jurídico supraestatal, las limitaciones establecidas por la reforma no parecen acordes con los Tratados Internacionales ratificados por España⁷⁰⁹ que, en virtud no solo del artículo 96 CE sino sobre todo por el artículo 10.2 de la CE, forman parte de nuestro derecho y, en tal sentido, vinculan al legislador. Una interpretación diversa de los tratados o convenios ratificados por España puede conducir a una posición contraria. En este sentido, el entendimiento de que las fórmulas empleadas en dichos tratados, cuando reconocen textualmente los derechos a todas las personas, no impiden sin embargo al legislador establecer diferencias de trato en el régimen jurídico de ejercicio; es decir, imponen la igualdad pero no la exacta paridad⁷¹⁰, puede constituir un vía de apoyo a la configuración legal de los derechos, pero no la negación absoluta de su reconocimiento.

Dentro del marco jurídico nacional, la referencia hecha por la ley a los derechos de libertad de sindicación y de huelga se debe al reconocimiento de una realidad específica: el trabajo de extranjeros al margen de la legislación que establece las condiciones para su prestación. Es necesario verificar si la reacción del legislador, en los aspectos relacionados con la libertad sindical, se presenta adecuada ante lo que dicta el texto constitucional. No se trata de cuestionar, en actitud descriptiva, la viabilidad práctica de que un extranjero indocumentado pueda valerse del derecho de libertad sindical, sino de los resultados normativos de la aplicación de la ley. Es decir, de la finalidad que se extrae de su contenido de impedir que, a partir de la realidad reconocida –

⁷⁰⁸ Manuel ARAGÓN. *¿Es constitucional la nueva ley de extranjería?* Revista Claves de la razón práctica. Madrid, mayo 2001 pp.11-12

⁷⁰⁹ En este sentido la Declaración de Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de 1966, el Convenio núm. 87 de la OIT o la Convención de Roma de 1950

⁷¹⁰ M. ARAGÓN. *Op.cit.*, pp. 14

trabajo irregular de los extranjeros—, se constituya otra realidad: la organización de estas personas para la defensa de los intereses que les son comunes en virtud de la realización de su trabajo. Según la lógica presente en la ley, la práctica que se cohibe nacería contaminada por el vicio que se verifica desde su origen e involucra, en todos sus aspectos, el eventual trabajo prestado al margen de la ley. El reconocimiento de la inconstitucionalidad de la citada disposición legal rompería con esta lógica; el vicio existente en la relación de trabajo, bajo el punto de vista constitucional, no afectaría la legitimidad del derecho de libertad sindical.

La solución dependía en gran parte de la interpretación de la conexión de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga con la dignidad de la persona, como parámetro de atribución de los derechos en igualdad de condiciones con los nacionales, según la división tripartita realizada por el TC. Por tanto, el resultado dependía, una vez más, de la extensión que se le atribuya al ámbito subjetivo del derecho fundamental en cuestión. La incongruencia, en este aspecto, se produce en la medida en que no sea jurídicamente posible la restricción operada por la ley, en caso de un reconocimiento de la titularidad de estos derechos fundamentales a los extranjeros, independientemente de cualquier medida adicional.

En aquel entonces, era complejo predecir el resultado. Que todos los derechos fundamentales están conectados en mayor o menor grado con la dignidad de la persona, es algo que no ofrece dudas. La posición del Alto Tribunal, en este sentido, se dirige a preservar aquellos derechos que tienen una conexión más inmediata. Para éstos, no se admiten distinciones. Sin embargo, ésta lista no es cerrada y la tendencia expansiva de reconocimiento de derechos llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal es aval suficiente.

En todo caso, el problema de fondo es mucho más complejo. Por un lado, el reconocimiento de estos derechos, a los que están en situación irregular, plantea el problema de su ejercicio. Nuevamente aparece la disociación entre titularidad-ejercicio. La separación se presenta como inevitable, si se tiene en cuenta que el ejercicio de estos derechos pondría al descubierto la situación irregular del sujeto y, por consiguiente, provocaría la

expulsión del territorio nacional. Esto no es más que la expresión de la antinomia del reconocimiento de un derecho sin posibilidades reales para su ejercicio.

Por otro lado, la negación del reconocimiento de estos derechos choca no solamente con los Tratados y convenios internacionales ratificados por España, sino también con los principios básicos de un Estado democrático y social como el nuestro, convirtiendo al irregular en un no-sujeto de derechos, lo que equivale a su negación como individuo.

En definitiva, el debate es complejo, pues se trata de discernir si existe la posibilidad de que una persona que presta servicios, jurídicamente no habilitada para el trabajo, pueda disfrutar de un supuesto status de “trabajador”, para fines del ejercicio de la libertad sindical.

En este estado de cosas encontramos que, por un lado, los tratados internacionales proporcionan elementos interpretativos genéricos para el reconocimiento del derecho de libertad sindical a todo y cualquier extranjero. Por otro, la categorización de derechos de la STC 107/84 no constituye *numerus clausus*. Existe un claro precedente de extensión del catálogo de derechos comprendidos en esta categoría en relación a la tutela judicial efectiva⁷¹¹. La ampliación del listado en este caso no se instrumenta exclusivamente sobre el hecho de que el reconocimiento del derecho en el artículo 24 de la Norma se realice en términos de “a todas las personas”, sino porque, interpretándolo de conformidad con el artículo 10.2 de la CE, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art.10, el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, en el 6.1, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el 14.1, reconocen el derecho, aunque expresado en otros términos, a todas las personas, sin atención a su nacionalidad.

Esto puede ser extensible al derecho de libertad sindical. El artículo 28.1 de la CE establece el reconocimiento del derecho en los mismos términos, el

⁷¹¹ STC 99/1985 de 30.09.1985 BOE n.265

cual, puesto en conexión con el art.13.1 de la CE y su remisión a los Tratados, puede conducir al entendimiento de que existe “una falta de acomodación subjetiva”⁷¹².

Incluso en el ámbito de la OIT, el Comité se ha pronunciado sobre este supuesto específico en su Informe número 327, caso 2121. Se trata de queja contra el Gobierno de España por la denegación, en la referida ley, de los derechos de sindicación, huelga, reunión, manifestación, asociación y negociación colectiva a los trabajadores extranjeros “irregulares”. El Gobierno, en defensa de los dispositivos legales, invoca toda la problemática relacionada con la inmigración irregular, incluso de las mafias que son ilícitamente beneficiadas y reproducen la situación de irregularidad. Sin embargo, el Comité, en sus conclusiones, recuerda al Gobierno el contenido del artículo 2 del Convenio número 87, donde se reconoce el derecho de los trabajadores, sin distinción alguna y sin previa autorización, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes, siendo la única restricción la autorizada por el artículo 9, referida a las fuerzas armadas y a la policía. Procede en el caso una interpretación extensiva del concepto de trabajador.

Del juicio del Comité es posible inferir que los derechos humanos no juegan sino para dispensar protección a la persona humana en toda y cualquier circunstancia. La limitación o eliminación de estos derechos, aunque sea bajo el argumento de que pueda traer algún beneficio indirecto, no es plausible.

Llegados a este punto, el reconocimiento o la exclusión a este tipo de titulares dependía, en último caso, de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el grado de vinculación del derecho de la libertad sindical a la dignidad humana. Sin embargo, al pronunciarse el TC en el sentido de que no todos los derechos fundamentales poseen una vinculación directa con la protección de la dignidad humana, es necesario verificar cuál es el elemento de diferenciación. Esto involucra, de nuevo, el complejo debate sobre el

⁷¹² Cfr. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ *Op. cit.*, pp. 35

fundamento de los derechos y exige una toma de postura en torno a una determinada concepción de Estado de Derecho⁷¹³.

A este respecto, existe una profunda controversia sobre lo que debe informar un sistema de derechos para que pueda encuadrarse en el concepto de Estado de Derecho, que es natural si se considera la localización del tema entre los planos del Derecho y de la Moral. No obstante, parece ser posible establecer una aproximación, si se acepta una relación entre estos dos planos⁷¹⁴.

En la etapa actual, el concepto de Estado de Derecho está muy próximo del de Estado Democrático. Ambos se dirigen a establecer garantías contra el ejercicio de los poderes organizados, con el objetivo de evitar que un determinado modelo de vida no sea impuesto a una colectividad. Son los individuos que la integran los legitimados a decidir sobre sus destinos. El elemento nuclear del Estado democrático de derecho consiste en establecer condiciones para que los individuos elaboren sus planes de vida y tengan posibilidades de perseguirlos. Es impensable un Estado Democrático de Derecho sin la tutela de la autonomía de la voluntad. Pero no es suficiente un modelo liberal de Estado de Derecho. Al lado de la autonomía de la voluntad es necesario garantizar estrategias de acción colectiva para que determinados objetivos puedan ser concretados, aparte de unas condiciones sociales mínimas para que esa autonomía logre resultados. Todo debe ser decidido suponiendo la participación de los propios interesados. La legitimidad del poder está constantemente puesta en cuestión por los que son directamente afectados. Eso sólo se alcanza en la medida en que son aseguradas a todas las personas las condiciones para formular juicios críticos, mediante el ejercicio de la autonomía.

⁷¹³ Sobre todo si se considera que “no todo Estado es Estado de Derecho” o, para ser más preciso, “no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho ... el hecho de que un Estado se sirve de un sistema normativo jurídico”. Eliaz DIAZ. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Octava edición, tercera reimpresión, Madrid, Taurus, 1984, pp. 17.

⁷¹⁴ Cfr. Rafael de Asís. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Dykinson, 1999.

⁷¹⁴ Sobre todo si se considera que “no todo Estado es Estado de Derecho” o, para ser más preciso, “no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho ... el hecho de que un Estado se sirve de un sistema normativo jurídico”. Eliaz DIAZ. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Octava edición, tercera reimpresión, Madrid, Taurus, 1984, pp. 17.

⁷¹⁴ Cfr. Rafael de Asís. *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Dykinson, 1999

Por otro lado, la vinculación histórica entre libertad sindical y dignidad humana es incuestionable. La consagración de este derecho fue producto de una larga lucha dado que la autonomía individual, prevista en el plano formal, no tenía correspondencia en la práctica. Por esto, la libertad sindical aparece tanto en instrumentos nacionales como internacionales.

El reconocimiento del derecho de libertad sindical a los extranjeros indocumentados puede sugerir contradicción si se trata de garantizar una posición jurídica ante el Estado. Sin embargo, su relevancia está en el efecto horizontal (*Drittwirkung*). El ejercicio del derecho se dirige sobre todo a aquellos que se aprovechan de la situación irregular de estas personas, para someterlas a condiciones de trabajo inhumanas. De manera alguna eso conduce a la regularización del trabajo o puede servir al trabajador de fundamento para satisfacer una pretensión de preservación de la situación irregular. Tampoco exime al empresario de las responsabilidades previstas por los actos practicados.

Una pretensión de igualdad en este sentido, en términos de legitimidad, es válida, puesto que, en la actualidad, se cuestiona la ciudadanía como el último factor de exclusión en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales⁷¹⁵. De hecho, se trata de una distinción más teórica que práctica. A diferencia del ejercicio de otros derechos, el derecho de libertad sindical, más concretamente, la restricción del derecho a afiliarse, es “difícilmente operable, en el plano de las relaciones laborales, en tanto que los sindicatos no es fácil que rechacen la afiliación de inmigrantes irregulares”⁷¹⁶.

A pesar de todo, de la doctrina del Tribunal Constitucional, parece desprenderse que la conexión entre los derechos y la dignidad humana debe ser “directamente inmediata”. La tendencia jurisprudencial va dirigida a salvar ciertos derechos que devienen del vínculo laboral, entre trabajador irregular y empresario incumplidor. En este sentido, podría extenderse tal reconocimiento

⁷¹⁵ FERRAJOLI. *Op. cit.*, pp.117

⁷¹⁶ RODRÍGUEZ- PIÑERO *Op. cit* pp.102

al derecho de afiliación. Además, de su reconocimiento no tiene porque “derivarse consecuencia alguna negativa [...] ni para el extranjero que ejerce su derecho de sindicación [...], ni para el sindicato que lo acoge, que entre otras cosas no puede ser obligado a aportar un listado de sus afiliados”⁷¹⁷.

Más complejo es discernir si ese reconocimiento es extensible a la posibilidad de fundar sindicatos. Las razones son diversas. Por un lado, la controversia sobre si este derecho se reconoce o no a los que están en situación de legalidad. Por otro, existen otros colectivos que igualmente están excluidos del ámbito subjetivo del derecho.

La solución, en todo caso, es altamente compleja. El Tribunal Constitucional, por segunda vez, entró a decidir sobre la constitucionalidad de ciertos aspectos de la normativa de extranjería, con una diferencia sustancial; en la primera ocasión, se trataba de dilucidar si era constitucional someter a determinadas autorizaciones el ejercicio de los derechos afectados en el caso. Sin embargo, ahora, no se trataba de confirmar o negar la posibilidad de diferencias de trato en el ejercicio de un derecho, sino de excluir definitivamente de su reconocimiento a un determinado colectivo. Se corría el riesgo, así, de mantener la línea de la legislación de extranjería que “convierte a los extranjeros en situación administrativa irregular en no-sujetos, al no reconocerles prácticamente ningún derecho y les condena a vivir y a trabajar en condiciones de explotación y marginalidad”.⁷¹⁸

En este estado de cosas, los derechos de sindicación y de huelga⁷¹⁹ se tornan especialmente controvertidos. En el caso de la libertad sindical y del derecho de huelga, confluyen dos realidades diversas: a la situación de irregularidad se suma el hecho de, si una persona que está realizando un trabajo para el que no está jurídicamente habilitado, puede gozar de un status de trabajador con el fin de ejercitar los derechos de libertad sindical y de

⁷¹⁷ SANTOLAYA MACHETTI *Op.cit*, pp.47

⁷¹⁸ Ángeles SOLANES. “*Sujetos al margen del ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles.*” *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos...* cit., pp.57.

⁷¹⁹ “*Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles,*” derecho, “*que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España*”.

huelga. Se trata, por tanto, de determinar si el derecho a la libertad sindical es un derecho inherente a la dignidad de la persona o, por el contrario, es un derecho de configuración legal, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Como se expuso anteriormente, la libertad sindical es un derecho complejo que comprende no sólo la posibilidad de afiliación o no a un sindicato, en lo que se refiere a la dimensión individual del derecho sino también el derecho a fundarlos. En su dimensión colectiva, se incluye dentro del ejercicio de la actividad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, el recurso quedó circunscrito al derecho a sindicarse libremente sin hacer referencia a la afiliación a organizaciones profesionales ni tampoco al ejercicio del derecho de huelga, aunque este último si ha sido objeto de otro recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional⁷²⁰.

En este contexto, el Alto Tribunal, en su sentencia 236/2007⁷²¹ y en coherencia con el contenido esencial del derecho de libertad sindical ampliamente definido por él, entiende que esa “interpretación restrictiva del contenido del precepto impugnado no es posible”, siendo preciso un pronunciamiento sobre su constitucionalidad en la inteligencia de que la exclusión alcanza a todos aquellos aspectos que forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical y “no sólo del derecho de afiliación a los sindicatos ya creados”⁷²². El Tribunal acoge de este modo la tesis de “la proyección universal subjetiva”⁷²³ que del derecho de libertad sindical se recoge en los diferentes tratados internacionales.

En este sentido y siguiendo el criterio interpretativo del Art.10.2 CE, se podría argumentar, no sin dificultades, que la consagración de la libertad sindical en todos los ordenamientos jurídicos democráticos y en la práctica totalidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos prueba

⁷²⁰ Resuelto en su STC 259/2007 de 19 de diciembre de 2007

⁷²¹ STC 236/2007 de 7 de noviembre de 2007 el Alto Tribunal resuelve sobre la inconstitucionalidad de los puntos del artículo primero, objeto del recurso, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

⁷²² STC 236/2007 FJ9

⁷²³ STC 236/2007 FJ9

la vinculación de este derecho con la dignidad humana, en términos de no admitir una tutela diferenciada, además de constituir un importante elemento de justificación del modelo de Estado de Derecho basado en la autonomía de la voluntad. A pesar de esto, el Tribunal parece entender que estamos ante un derecho de configuración legal, que si bien no admite intromisiones en su contenido esencial, nada impide que se puedan establecer condiciones específicas para su ejercicio por los extranjeros sin la correspondiente autorización de estancia o residencia “siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona independientemente de la situación en la que se encuentre”⁷²⁴.

Por los razonamientos expuestos y ciñéndose al derecho a sindicarse libremente, el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad y no la nulidad del art.11.1 de la LO 4/2000 en la redacción dada por el art.1, punto 9, de la LO 8/2000, por ser contrario al art. 28.1 CE.

En lo que se refiere al derecho de huelga, supeditado su ejercicio por la Ley Orgánica a la autorización para trabajar, fue objeto de pronunciamiento del Tribunal en su sentencia 259/2007, de 19 diciembre de 2007. Partiendo de la premisa de que el derecho de libertad sindical consagrado en la CE alcanza al derecho de huelga, los argumentos esgrimidos para declarar la inconstitucionalidad de la limitación impuesta al derecho de libertad sindical se hacen extensibles a éste. El nexo entre ambos derechos ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal que, si bien señala que el derecho de huelga corresponde a los trabajadores *uti singuli*, tiene que ser ejercitado colectivamente mediante concierto entre ellos. Esta acción colectiva y concertada en qué consiste el derecho de huelga corresponde “tanto a los trabajadores como a sus representantes y a las organizaciones sindicales”⁷²⁵.

Este entendimiento esta en conexión con el reconocimiento general que la CE en su art. 28.2 consagra estableciendo el derecho de huelga para todos los trabajadores, sin distinción, como medio de defensa de sus intereses,

⁷²⁴ STC 236/2007 FJ 9

⁷²⁵ STC 11/1981 FJ 11

situándose, en la misma línea, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia⁷²⁶.

En este caso, como en el del derecho a la libertad sindical, la limitación impuesta por el legislador orgánico no se compadece con el derecho proclamado constitucionalmente ni con el contenido esencial delimitado jurisprudencialmente. El Tribunal define el derecho de huelga como “un derecho subjetivo del trabajador que simultáneamente se configura como un derecho fundamental constitucionalmente consagrado, en coherencia con la idea del Estado social y democrático de derecho”⁷²⁷. A través del derecho de huelga se busca legitimar medios de defensa de los intereses de los trabajadores y el Estado social no solo no puede ignorarlos y menos aún negarlos sino, al contrario, debe proporcionar los cauces adecuados para su desarrollo.

El ámbito subjetivo del derecho, al igual que para el ejercicio de la libertad sindical, comprende al trabajador en su caracterización material y no jurídico-formal. El Tribunal así lo entiende, cuando establece que “la condición de trabajador en sentido legal [...] no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal”⁷²⁸.

2.8. Los problemas derivados del reconocimiento del ejercicio de los derechos de libertad sindical y huelga.

Con la consagración del reconocimiento generalizado del art. 28 de la Constitución y la reforma llevada a cabo por la Ley 2/2009, extrapolando la doctrina del Tribunal Constitucional⁷²⁹ por la que se reconoce el ejercicio de los derechos de reunión, manifestación, asociación y sindicación a todos los extranjeros con independencia de su situación en España, se debe concluir que

⁷²⁶ Art 8.1 d 9) del PIDESC reconoce el derecho de huelga de conformidad con las leyes de cada país. El art. 6 de la Carta Social Europea reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga.

⁷²⁷ STC 123/1992 FJ 4.

⁷²⁸ STC 236/2007 FJ 9

⁷²⁹ Según STC 236/2007

de facto todos los extranjeros son titulares de los mismos, con independencia de que lleven a cabo una actividad laboral dentro del marco de la estricta legalidad o al margen de la misma, por carecer de autorización para su prestación. El Alto Tribunal remite al legislador ordinario para que fije las condiciones específicas del ejercicio del derecho de sindicación para los que carecen de la autorización de estancia o residencia, con la única limitación de salvaguardar el contenido del derecho protegido constitucionalmente por pertenecer a todas las personas con independencia de la situación en que se encuentren⁷³⁰.

Partiendo de esta premisa puede llegar a pensarse que el tema de la titularidad y ejercicio de estos derechos queda resuelto; sin embargo, en la práctica no deja de ser una cuestión controvertida, dado que el reconocimiento que otorga la LO 2/2009 mantiene un alto grado de incertidumbre en cuanto al ejercicio de los mismos se refiere.

En este estado de cosas, el desencuentro aparece una vez superada la barrera del reconocimiento. Ahora el interrogante gira en torno a si el legislador ha establecido las condiciones específicas para su ejercicio y, en caso afirmativo, si se han respetado los límites impuestos. Desde la perspectiva de este análisis, tal concreción no se ha llevado a cabo o, al menos, no en términos incontrovertibles, en cuanto al ejercicio de estos derechos por aquellos que se encuentran en situación irregular. En este sentido, ni la Ley Orgánica 2/2009 ni el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, establecen que sucede en aquellos supuestos en que el ejercicio de los mismos lleguen a poner al descubierto la situación de irregularidad. Este hecho llama la atención cuando, tanto la Ley como el Reglamento si prevén esta posibilidad en dos ocasiones.

La primera de ellas es en relación a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género⁷³¹. En este supuesto se alude expresamente “a

⁷³⁰ STC 236/2007 FJ 9

⁷³¹ Art. 31 bis LO 2/2009

cualquiera que sea su situación administrativa” y al hecho de que a través de una denuncia de violencia de género se ponga de manifiesto su situación irregular.⁷³² La mujer extranjera víctima de la violencia de género podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo, extensible a sus hijos, autorización que tendrá carácter provisional, hasta la finalización del proceso. En el caso de que el procedimiento penal concluya con el reconocimiento de esta situación, dicha autorización dejara de ser provisional en los términos que establece el Reglamento y “supondrá el archivo del procedimiento sancionador que pudiera existir contra la mujer extranjera víctima de violencia de género”. En caso contrario, de sentencia no condenatoria o resolución judicial donde no se deduzca la existencia de violencia de género, supondrá “el inicio o la continuación del procedimiento sancionador en materia de extranjería inicialmente no incoado o suspendido, y su tramitación y resolución de acuerdo con lo previsto en el título III de la Ley Orgánica 4/2000”⁷³³.

El segundo supuesto es en relación a las víctimas de la trata de seres humanos⁷³⁴. En estos casos, se establecen las previsiones necesarias para cuando se “estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos”. Llegado el caso, se le otorga al extranjero un plazo de restablecimiento y reflexión para que decida sobre cooperar en la investigación y en su caso en el procedimiento penal. Durante este periodo, tiene autorizada la estancia temporal y el expediente administrativo sancionador o las ejecuciones de la expulsión o devolución, eventualmente acordadas, quedan en suspenso. Si la víctima es declarada exenta de responsabilidad en relación con la infracción del artículo 53.1 a), podrá optar por el retorno asistido a su

⁷³² El Art. 31 bis 1. establece que “*Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género , cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente*”. En su apartado 2 establece que si “*al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal*”.

⁷³³ Art. 131 al 134 del Reglamento

⁷³⁴ Art. 59 bis LOEx 2/2009

país de procedencia o por la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales⁷³⁵.

Con independencia de que en el primer caso el conocimiento de la situación de irregularidad es un hecho sobrevenido y en el segundo es la situación de irregularidad la que puede poner de manifiesto la existencia de un delito, el resultado es que, en ambos supuestos, la posibilidad de la expulsión queda en suspenso y se activan automáticamente los mecanismos de protección para las personas que puedan encontrarse en estas situaciones. La necesidad de proteger en una Ley Orgánica este tipo de situaciones se corresponde con el imperativo de adecuación del derecho a la realidad a la que debe ser aplicado, sin embargo; por más constatado que este el hecho de la existencia de empleo de manera irregular, el legislador no termina de concretar una legislación unívoca para este supuesto. Con esto, no se trata aquí de establecer paralelismos entre unas y otras situaciones, aunque en todas ellas la dignidad humana se ve afectada. Se trata de poner de manifiesto que, partiendo de una premisa idéntica, estar en situación de irregularidad, independientemente de que su conocimiento sea sobrevenido o anterior y al margen del factor del consentimiento que puede jugar como argumento en contra de los que aceptan trabajar sin autorización, lo cierto es que no existe una regulación legal expresa e incontrovertible para en el caso que nos ocupa.

En cualquier caso, esta ausencia posiblemente obedezca a la antinomia que representa reconocer estos derechos si su ejercicio posibilita la expulsión. A esto, se suma la confluencia de diferentes disciplinas que inciden en el tema, no siempre coincidentes en sus intereses. Para el Derecho del Trabajo, toda persona que presta servicios materialmente en las condiciones del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores cruza el umbral decisivo, casi trascendental para el laboralista: “se convierte en trabajador [...]”, en tanto que, “para el Derecho de Inmigración, el trabajo está prohibido, en general, para el extranjero si no cuenta con autorización para ello”. En este estado de cosas, “la dificultad del legislador es aquí resolver este encuentro”⁷³⁶.

⁷³⁵ Art. 59 bis LOEx 2/2009. Art. 140 a 146 el Reglamento

⁷³⁶ Cfr. F.J GOMEZ ABELLAIRA *Op. cit.*, pp 135

Más complejo aún lo tendría el Alto Tribunal, si en algún momento tuviera que entrar a dilucidar un supuesto en que el ejercicio de estos derechos ponga de manifiesto la situación de irregularidad y, en consecuencia, pueda llegar a producirse la expulsión. El pronunciamiento del TC habrá de girar en torno a la doctrina firmemente asentada en la materia y, en cualquier caso, parece correcto afirmar que tendrá que salvaguardar el ejercicio de estos derechos al estar reconocida su titularidad y al formar éstos parte de aquel con independencia de la situación en que se encuentre el extranjero.

Un análisis de las posibles hipótesis obliga a establecer conexiones entre el ejercicio de los derechos de libertad sindical y huelga, extensible a los derechos de asociación, reunión y manifestación y la expulsión como medida última de una situación de irregularidad.

En el Preámbulo de la LO 2/2009, en su apartado II, se establece, por un lado, como uno de sus principales objetivos el “conseguir una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes”. Por otro, encontramos que el derecho al trabajo es un derecho reconocido solo a los extranjeros residentes y en las condiciones que se establecen en esta Ley y en su Reglamento de desarrollo y no a los que se encuentren irregularmente en territorio español⁷³⁷, salvo aquellas autorizaciones que se obtengan por circunstancias excepcionales⁷³⁸.

En lo relativo a los derechos reconocidos, la LO 2/2009 mantiene en el artículo 36.5 que “la carencia de autorización de residencia y trabajo [...], no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero [...]”. Semejante previsión puesta en conexión con el art. 11, que determina que los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional y ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, significa que “el dato fáctico de la prestación laboral contratada de forma irregular [...] no impide “que

⁷³⁷ Art 10 LO 2/2009 y art 62 y sgs del Reglamento

⁷³⁸ Art 31 bis, Art. 59 bis LO 2/2009 Art. 123 y sgs del Reglamento.

el extranjero irregular pueda alcanzar determinados derechos, tanto laborales como de Seguridad Social”⁷³⁹.

En este controvertido contexto parece correcto afirmar que el Tribunal debería, en primer lugar, atender a los derechos constitucionalmente protegidos, tanto en el rango constitucional como en el supranacional e infraconstitucional. En este estado de cosas, como existe un reconocimiento expreso del ejercicio de estos derechos para todas las personas con independencia de su situación y el fin de este reconocimiento no es otro que la defensa de sus intereses, el hecho de que su ejercicio ponga de manifiesto una situación de irregularidad no debería ser causa para sanción alguna. Al contrario, debería constituir una vía para subsanar una realidad viciada en su origen, que no es otra que un trabajador en términos materiales realice una actividad laboral sin tener reconocida su condición de trabajador en términos jurídico formales. El problema es determinar cuál es la vía adecuada.

El hecho es que la LO 2/2009 tipifica, en su artículo 53.1 a) y b) , como infracciones graves, entre otras, encontrarse irregularmente en territorio español y , por otro lado, estar trabajando sin haber obtenido autorización de trabajo⁷⁴⁰. Estas conductas serán sancionadas con una multa⁷⁴¹ que puede ser sustituida en atención al principio de proporcionalidad [...] con la expulsión del territorio español⁷⁴² previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que

⁷³⁹ Cfr. Susana BARECLON COBEDO. En BOZA D., DONAIRE VILLA F.J, MOYA MALAPEIRA D. *Op. cit.*, pp 81.

⁷⁴⁰ Artículo 53.1 LO 2/2009 “Son infracciones graves:

- a) *Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.*
- a) *Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”.*

⁷⁴¹ Art. 55.1 LOE *Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: .b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10.000 euros [...]*

⁷⁴² Art.57.1 LOE *Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b),c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.*

configuran la infracción”⁷⁴³. El Reglamento añade en su art. 242 que, en el caso de las infracciones del art. 53.1 a) y b), si el extranjero tiene un permiso de residencia o estancia válido de otro Estado miembro de la Unión Europea se le advertirá de la obligación de dirigirse inmediatamente a dicho Estado y en caso de no hacerlo, se incoará el procedimiento sancionador establecido por el Reglamento⁷⁴⁴.

A este respecto, la línea mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo es que “en el sistema de la Ley la sanción principal es la multa [...] En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal [...] la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuales son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción [...]”⁷⁴⁵. Este sistema del procedimiento sancionador no está exento de dificultades. La imposición de una sanción pecuniaria presenta dificultades del tipo de determinación, siendo el criterio principal para ponderar la cuantía de la sanción, la capacidad económica del infractor. Al mismo tiempo, su imposición no implica en modo alguno una vía para regularizar una situación de irregularidad administrativa; y, además, impide la alternativa de la expulsión. El mismo grado de dificultad presenta la determinación del nivel de subjetividad, de daño o de riesgo, difícilmente cuantificables⁷⁴⁶; y lo que es más importante, deja sin resolver en qué situación queda el extranjero sin autorización para residir y trabajar en España. La opción a la multa es la expulsión pero, como se ha visto, solo debería llevarse a cabo cuando proceda en los términos establecidos. Esto no ha impedido que, en la práctica, la estancia irregular implique la sanción de expulsión.

Por lo que al derecho comunitario se refiere, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y

⁷⁴³ Art. 57.1 LO 2/2009

⁷⁴⁴ El Reglamento diferencia en su Capítulo IV, de las infracciones y sanciones en el orden social, en su artículo 254.1, las infracciones del artículo 53.1 b), haciendo mención exclusivamente a cuando se trate de trabajadores por cuenta propia.

⁷⁴⁵ SSTs de 10 de febrero de 2006 .Sala de lo Contencioso ADMINISTRATIVO. (Rojo 536/2006) entre otras.

⁷⁴⁶ En este sentido Cfr. F.J GOMEZ ABELLAIRA *Op. cit.*, pp131

procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, establece en su artículo 6.1 que “los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.”. Si bien la Directiva no contempla la posibilidad de optar por la sanción de multa en vez de la expulsión, tampoco parece existir incompatibilidad entre el régimen comunitario y el español. Al margen de las excepciones previstas por la Directiva en los apartados 2 a 5 del artículo 6, con la previsión del apartado 4 se concede un amplio margen de libertad a los Estados miembros para no optar por la expulsión, cuando se establece que éstos “[...] podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo [...]”. Una interpretación literal del precepto permite encajar la sustitución de la expulsión por la sanción de multa.

La anterior conclusión se ve reforzada tanto por lo establecido en la consideración sexta de la Directiva, cuando dice que “procede que los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. [...]”. Las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular [...]”, como por lo establecido en el artículo 4.3 de la Directiva, donde se determina que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, siempre que sean compatibles con la Directiva. En este mismo sentido se pronunció la Sala Tercera del TJCE, al fallar sobre la compatibilidad del derecho interno español de sustituir la sanción de expulsión por la de multa con lo establecido en el Derecho Comunitario, “cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos

relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión”⁷⁴⁷.

El marco normativo mostrado hasta ahora solo aclara que, en caso de estancia o trabajo sin autorización, la multa es la sanción principal y que esta podrá ser sustituida por la expulsión en los términos expuestos pero continúa sin ofrecer un marco legal adecuado.

La LOE 2/2009, en su artículo 31.3, establece la posibilidad de conceder la autorización de residencia temporal por situación de arraigo u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente; es decir, enuncia las posibles vías para acceder a la regularidad.

El Reglamento dedica su Título V a la residencia temporal por circunstancias excepcionales, entre la que se encuentran las razones humanitarias, la protección internacional en colaboración con las autoridades, la seguridad nacional o interés público y el arraigo laboral, social o familiar, todas ellas, sin perjuicio de las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales según lo previsto en el artículo 31bis, 59 y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en la Disposición adicional primera 4 del Reglamento, en la que se determina que podrán concederse autorizaciones de residencia temporal y/o trabajo en atención a circunstancias de naturaleza económica, social o laboral.

Cualquiera de estas figuras implica partir de una situación de irregularidad y, por tanto, cualquiera de ellas supone una vía de acceso excepcional. Para el caso que nos ocupa, la figura más relevante es la del arraigo laboral, aunque esto no es óbice para que en el caso de que se ponga de manifiesto la situación de irregularidad pueda tener encaje en cualquier otro supuesto. En el caso del arraigo laboral, para su reconocimiento, entre otros requisitos, se debe acreditar la permanencia continuada en España durante un

⁷⁴⁷ DOUCE C297/12 de 5 de diciembre de 2009. Autos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Murcia de 12 de junio de 2008 y STJCE (Sala Tercera) del 22 de octubre de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia. D. BOZA. *Op. cit.*, pp 272. En BOZA D., DONAIRE VILLA F.J., MOYA MALAPEIRA D. “Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011.

periodo mínimo de dos años y la existencia de relaciones laborales cuya duración no haya sido inferior a seis meses. La carga de la prueba recae sobre el trabajador, que deberá presentar una resolución judicial que reconozca la existencia de la relación laboral o una resolución administrativa del acta de infracción de la Inspección de trabajo y Seguridad Social acreditando estos extremos⁷⁴⁸.

Llegados a este punto y en ausencia de otra regulación, la pregunta es si el Alto Tribunal iría más allá en su pronunciamiento, examinando cuál será la situación en la que debe quedar el extranjero que, en uso del ejercicio de los derechos de libertad sindical y huelga, ha visto vulnerados los mismos y ha puesto al descubierto su situación irregular. El Tribunal en su momento puso de manifiesto que el ejercicio de la libertad sindical servía, entre otras finalidades, para la defensa de los intereses de los trabajadores y, entre estos intereses, se encuentra el pasar de ostentar la condición material de trabajador a ostentar la condición jurídico-formal; pero en la práctica sigue sin determinarse el alcance, los efectos y las consecuencias que pueden derivarse del tránsito de una condición a otra. Con los datos expuestos, probablemente el Alto Tribunal se limitaría a reconocer el ejercicio de estos derechos sin entrar en el fondo del asunto. Y en el caso de hacerlo, la única opción que parece plausible es que recurra a una de las vías excepcionales como argumentación para poder reconocer el acceso a una situación de regularidad. Esto supone que, fuera de estos supuestos, el Tribunal tendría que mantener la medida de expulsión.

2.9. *Una propuesta a medio camino*

El marco presentado evidencia que aún queda mucho camino por recorrer. Se propone, desde esta perspectiva, una alternativa que, lejos de solucionar el problema, pretende dejar a salvo, al menos, algunos de los supuestos que pueden llegar a darse en la práctica. Para ello se debe partir de algunos mínimos. El primero, es reforzar el marco de responsabilidades del empresario, hasta el punto de que las desventajas sean mayores que las

⁷⁴⁸ Art.124 del Reglamento

ventajas. La respuesta del legislador a esta conducta debe ser contundente y en unos términos más amplios que los establecidos actualmente.

El otro mínimo a tener en cuenta consiste en que no es posible despojar de derechos a quien trabaja en estas condiciones, aunque también es cierto que no debe existir una equiparación absoluta en el reconocimiento de los mismos con aquellos extranjeros que sí tienen autorización para residir y trabajar en España. Es este sentido, y al margen de las autorizaciones extraordinarias, para aquellos que, en el ejercicio del derecho de huelga y libertad sindical pongan al descubierto su situación de irregularidad, las sanciones de multa o expulsión, por las razones alegadas anteriormente, no parecen las medidas idóneas para dar respuesta a estas situaciones, como tampoco lo parece el hecho de generar una vía automática de acceso a la regularización.

Desde la perspectiva de este análisis se propone como alternativa una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral, desvinculando la exigencia de la existencia de relaciones laborales, cuya duración no sea inferior a seis meses, de la acreditación de la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años. Esta vía solo se aplicaría en los supuestos en que el ejercicio de los derechos de huelga y de libertad sindical ponga al descubierto la situación de irregularidad. Una medida de este tipo está en consonancia con lo establecido en el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al tratarse de circunstancias excepcionales.

Al mismo tiempo, estaría igualmente en consonancia con la figura del arraigo laboral. La única diferenciación es la omisión de acreditar la permanencia de dos años en España. Se trata, en definitiva, de demostrar la existencia de una relación laboral y de la violación de unos derechos fundamentales ligados principalmente a esa relación. Se mantendría, por tanto, la exigencia de carecer de antecedentes penales y se cumpliría la exigencia de presentar una resolución judicial que reconozca la existencia de la relación laboral. Como medida de carácter excepcional y con el objeto de no favorecer estas situaciones frente a la de aquellos que deben demostrar una

permanencia de dos años, la autorización de residencia temporal debe tener una vigencia inferior a la de éstos, y, en todo caso, nunca superior al tiempo de prestación del trabajo de manera irregular. Por otro lado, el sistema sancionador vigente solo permite optar por la multa o por la expulsión; sin embargo, la medida propuesta puede compatibilizar la multa por incumplimiento con la vía extraordinaria de regularización.

Fuera de estos casos y mientras se mantenga el sistema de autorizaciones vigente, la única medida aplicable sería la expulsión. Con esta propuesta se ofrece una medida a medio camino entre las dos alternativas, regularización o expulsión, medidas, que, como ha quedado demostrado, lejos de clarificar, solo aportan más complejidad a esta problemática.

Junto a esta vía y en aras de erradicar el empleo ilegal de extranjeros, el peso de la sanción por estas situaciones, debe recaer plenamente sobre el empresario incumplidor y sobre aquellos que de algún modo se benefician de esta forma de trabajo ya sea promoviéndolo o colaborando de alguna forma. En este aspecto es necesario un endurecimiento de las sanciones actuales que se imponen al empresario, respondiendo por todos los costes de los beneficios que haya obtenido por su incumplimiento desde el inicio de la relación laboral hasta aquellos que se deriven de la finalización de la misma, como si hubiera existido un contrato de trabajo válido conforme al derecho. Esta responsabilidad debería extenderse en el caso en que no exista alternativa posible a la expulsión, a los costes que de la misma se deriven.

Con lo expuesto puede concluirse que, una vez más se ha perdido la oportunidad de dotar de una mayor concreción al ejercicio de estos derechos máxime cuando toda su argumentación no deja lugar a dudas de la vinculación entre estos derechos y la dignidad humana.

2.10. A modo de conclusión.

A lo largo de estas páginas ha quedado demostrada la existencia de un elenco de normas en la comunidad internacional suficiente para trabajar en la consecución de un tratamiento equitativo de la migración laboral. Para

alcanzar este objetivo y como fenómeno mundial que es, debe ser tratado como tal y asentarse en unas normas internacionales de protección con carácter vinculante. De otro modo y en tanto los Estados nacionales no cedan sus parcelas de poder, la consecución de este objetivo será ilusoria.

El fenómeno de la globalización nos muestra cada día como las diferencias económicas y demográficas aumentan con un desequilibrio total de las distintas fuerzas implicadas. En un contexto como el actual, todos los trabajadores, migrantes o no, ven afectados sus derechos y la única forma de alcanzar el equilibrio para todos ellos es trabajando en la consecución de unos objetivos comunes, de unos beneficios que redunden en el beneficio de todos. El primer obstáculo es, por tanto, vencer la percepción negativa cada vez más extendida de que es objeto el trabajador migrante. Cuando un bien necesario escasea, como es el caso del trabajo, los poderes derivan las responsabilidades hacia focos que nada tienen que ver, máxime cuando en realidad las migraciones laborales pueden ser beneficiosas tanto para el desarrollo de los países de origen como para los de destino. Solo es necesaria una gestión adecuada donde el mayor interés a proteger sea el trabajador y sus derechos fundamentales.

En el caso de España se ha visto que, tras cuatro reformas en un breve espacio de tiempo, el marco normativo actual continúa sin resolver todo aquello que gira en torno al trabajo realizado por un extranjero sin autorización; más concretamente, para un tipo específico de extranjero, aquel que carece de recursos económicos, que trabaja por cuenta ajena y que se ve inmerso en una situación de desprotección y vulnerabilidad. En la práctica “se produce la paradoja de que el inmigrante “ilegal”, inmerso en una situación de hecho de paralegalidad, demanda insistentemente su legalización poniendo de manifiesto su deseo de integrarse en las estructuras laborales y sociales del país [....]” esto se traduce en que, “la ilegalidad, como situación jurídica, no es

predicable, muchas veces, del inmigrante mismo, sino del sistema o método a través del que accede al territorio nacional”⁷⁴⁹.

El camino recorrido desde 1985 hasta ahora parece haber fijado un mínimo de reconocimiento, dirigido a proteger los derechos derivados del ejercicio de la actividad laboral por aquellos que no están habilitados. El reconocimiento de los derechos, en paridad con el extranjero autorizado para trabajar, una vez que existe el ejercicio de una actividad laboral, representa un instrumento de gran valor para erradicar la contratación de los carecen de documentación. De esta forma “el concepto de trabajador extranjero no dependería [...] de la obtención de la previa autorización administrativa, sino de la pura realización de la prestación profesional de sus servicios”⁷⁵⁰.

El marco de protección adecuado para este tipo de situaciones y el que imposibilita beneficios a favor del empresario no es otro que el que consigue a través del reconocimiento de los derechos. Este parece ser el sentido de la LOEx y de las reformas que se han ido sucediendo a lo largo de estos últimos años, el impedir a toda costa que el empresario obtenga beneficio alguno de este tipo de contrataciones. Además, este mismo reconocimiento es fiel reflejo del principio de igualdad que según la doctrina del Tribunal Constitucional rige una vez producida la contratación. No se trata de utilizar esta vía para favorecer el trabajo realizado por los extranjeros indocumentados, sino de erradicar un problema que también trasciende al mercado laboral general. De otro modo, haber mantenido la tesis de la nulidad del contrato no solo, habría constituido una sanción adicional para el trabajador extranjero, un beneficio para el empresario incumplidor⁷⁵¹, sino también, un instrumento de desestabilización del mercado laboral nacional.

Las dificultades de crear un marco normativo adecuado para el tratamiento de estas situaciones ha quedado más que demostrado. En el

⁷⁴⁹ JOSE MARIA ALVAREZ CIENFUEGOS SUAREZ. “*Reflexiones sobre la nueva Ley de extranjería*” Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001 Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2001 pp15

⁷⁵⁰ Cfr. J. M. ESPINAR VICENTE. *Op.cit.*,27

⁷⁵¹ Mario Amparo BALLESTER PASTOR. *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*. Valencia Tirant lo blanch, 1997 pgs 142/143

contexto actual, no solo nacional sino también en el plano internacional, el acceso al mercado laboral se torna cada día más complicado. Dar efectividad al derecho al trabajo ha sido siempre más una pretensión que una realidad, circunscrita, además, a los nacionales de un Estado. Esta idea se refuerza aún más cuanto mayor es la dificultad de acceso al trabajo.

En este estado de cosas la necesidad de crear unos cauces adecuados para la gestión de la inmigración laboral se acentúa. Para ello el primer paso es conocer el origen del problema. La razón de la existencia de personas que se desplazan en busca de trabajo y que aceptan trabajar en condiciones de irregularidad responde a una cuestión de necesidad.

Para éstos no están reconocidas las normas de tutela del ordenamiento laboral. Los argumentos jurídicos que respaldan esta decisión son rebatibles. El derecho del trabajo es parte de los instrumentos internacionales más destacados; y negar su reconocimiento, sobre la idea de que no existe tratado que establezca la igualdad entre nacionales y extranjeros, es en el fondo una cuestión interpretativa. Su sola presencia en estos instrumentos da habida cuenta de la importancia de este derecho.

La razón de su negación tiene su justificación en la institucionalización del último parámetro de exclusión: la ciudadanía. La superación de esta barrera, lejos de estar próxima, como podría pensarse en un contexto globalizado como el actual, cada vez se ve más como una utopía. Las razones son económicas y, en tanto sigan primando estas sobre la razón misma de un mundo más equitativo, el problema de las migraciones irregulares persistirá y aumentará. Una interpretación en sentido contrario sería plausible. El ejemplo paradigmático de ciudadanía que rebasa las fronteras se encuentra en la ciudadanía europea; sin embargo, también parece una cuestión de tiempo, que los derechos que esta tiene atribuidos comiencen a verse cada vez más reducidos en orden a los imperativos económicos de los distintos Estados miembro.

En el ámbito nacional, su no reconocimiento en términos de igualdad se erige sobre el grado de vinculación del derecho con la dignidad humana y se

entiende y defiende que no existe una conexión inmediata, como si la hay para los derechos de libertad sindical y huelga que no dejan de formar parte del mismo derecho. Desde la perspectiva de este estudio, el derecho al trabajo es un derecho imprescindible para la dignidad humana, es el medio de vida de todo ser humano y, por ello, reclama un reconocimiento generalizado.

Este reconocimiento, con sus avances y retrocesos, se da para los derechos de libertad sindical y huelga. El gran desencuentro es que el ejercicio de estos derechos para la defensa de sus intereses puede conducir a una sanción institucionalizada con la pena de expulsión. De ser así, esta realidad no se alejaría mucho de la situación antes de la reforma de la LO 2/2009. El marco normativo debe ser consecuente con la realidad a la que debe aplicarse y contemplar el mayor espectro posible de situaciones; en otras palabras, “una ley es buena cuando contempla con precisión y equilibrio también los efectos del incumplimiento”⁷⁵². Las previsiones legales deben ir dirigidas a erradicar el problema en su origen, que no es tanto la existencia de trabajadores sin autorización, como la de aquellos que son los verdaderamente beneficiarios del funcionamiento de la economía informal: los empresarios. Son éstos y no aquellos los que se lucran con este tipo de situación. El reconocimiento de los derechos de sindicación, de huelga, de reunión o asociación posibilita, a los que se encuentran en situación irregular, a alcanzar un mínimo de dignificación, ya que, de otro modo, se les convierte en sujetos aislados y desprotegidos o, lo que es lo mismo, en no-sujetos.

A día de hoy, el derecho al trabajo como derecho universal no deja de ser una utopía, al menos, mientras continúen imperando los principios económicos y las fronteras territoriales, entre tanto, ni la escasez del trabajo ni la ausencia de autorización va a impedir que se siga trabajando en condiciones de irregularidad y, por tanto, de vulnerabilidad. La posición que se adopte frente a estas situaciones no solo afecta a los trabajadores migrantes; antes al contrario, incide directamente en nuestras concepciones de un mundo más equitativo. La elección de optar por que aquel esté basado en los derechos humanos para todos o solo para unos cuantos será determinante para todos,

⁷⁵² Cfr. F.J GOMEZ ABELLAIRA *Op. Cit.*, pp 136

trabajadores migrantes o nacionales, sin olvidar que esta caracterización puede invertirse en función del espacio en el que se realice el trabajo.

El derecho a un trabajo digno ha pasado a convertirse en un privilegio que, lejos de situar a todo aquel que lo goza en una situación de ventaja, lo convierte en muchos casos en un sujeto obligado a aceptar unas condiciones que desvirtúan el auténtico sentido del derecho que no es otro que posibilitar a cualquier ser humano una existencia conforme a la dignidad humana.

En un contexto como el actual, la recuperación del Derecho del Trabajo tal y como fue ideado debe convertirse en una prioridad, recuperando su función compensadora, equilibrando la balanza de las fuerzas cada día más desiguales que dejan al trabajador en una situación de vulnerabilidad que se ve incrementada cuando estos son trabajadores migrantes.

CAPÍTULO IV

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORANEO

1. La incertidumbre del Estado Social de derecho.

Cuando hablamos de neoconstitucionalismo inmediatamente aflora la idea de un modelo de Estado de Derecho pensado para limitar los poderes del Estado y proteger los derechos fundamentales posicionándolos al más alto nivel. Un modelo que, por sus peculiaridades, encierra en su ser diversas antinomias. Su textura abierta, imperfecta en cuanto a inacabada, perfecta en cuanto a que perfila los parámetros en los que ha de moverse toda reflexión política y jurídica para defender los valores que como modelo de Estado propugna, debe hoy más que nunca redirigirse a la lógica interna garantista que le es propia.

Su falta de plenitud, sin embargo, no es óbice para que continúe representando, hoy en día, el marco de referencia a partir del cual, la libertad, la igualdad y la solidaridad convivan entremezcladas para alcanzar al fin y de una vez por todas garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Hablar de neoconstitucionalismo es, en definitiva, hablar de derechos, de todos y de cada uno de ellos, de los civiles, los políticos o los sociales, con sus coincidencias y divergencias, porque todos ellos sin distinción están conectados en alguna medida con el valor último que constituye su objeto y razón de ser: la dignidad humana. Es por esta razón, que “no pueden ser confrontados ni tampoco jerarquizados”⁷⁵³. Desde esta perspectiva, el neoconstitucionalismo representa la conquista del igual valor de los derechos,

⁷⁵³Cfr. Luis Angel TRIGUERO MARTINEZ. “*Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*”. Ed. Comares. Granada 2012. pp 27

ahora solo le resta alcanzar su igual garantía. Este reto afecta principalmente a los derechos sociales.

Estos, como todos los derechos, nacen como respuesta a una necesidad de modificar la realidad existente para sustituirla finalmente por otra más justa. En este sentido los derechos son siempre conquistas que encuentran su lugar y fuerza a través del Derecho. Es la historia de los derechos y las libertades la que nos muestra como en un momento dado, determinadas circunstancias propician los cambios para la alteración e instauración de otras realidades. Así fue como, frente a una concentración absoluta del poder en manos del Estado, nacieron los derechos de libertad, entendida esta en su sentido actual, como forma de limitar este poder y de dotar al individuo de una esfera de libertad reservada de las injerencias del Estado. En el momento que se concibe “la libertad no sólo negativamente como no-impedimento, sino positivamente como autonomía”, se propugnan los derechos políticos y, en consecuencia una “participación cada vez más amplia, difundida y frecuente de los miembros de una comunidad en el poder político (o libertad en el Estado)”. A estos se suman los derechos sociales, como expresión de “la maduración de nuevas exigencias, [...] incluso de nuevos valores, como los del bienestar y de la igualdad no solamente formal, que se podrían llamar libertad a través o por medio del Estado”⁷⁵⁴. Desde esta perspectiva, la satisfacción de los derechos de libertad radica siempre, bien en una abstención del Estado, bien en una intervención del mismo. El papel que este último ha de jugar a la hora de garantizar los derechos ha sido determinante para que existan diferentes grados de protección respecto a los derechos civiles y políticos, de un lado, y los derechos sociales, de otro. Todo ello a pesar de la interdependencia y comunicabilidad interna que los dota de unidad y sentido propio⁷⁵⁵.

La ruptura proviene en parte de la idea comúnmente aceptada de la disposición cronológica de las demandas de los derechos en distintas fases o

⁷⁵⁴ Cfr. Norberto BOBBIO. “*El tiempo de los derechos*” Ed. Sistema. Madrid 1991. pp 70,71.

⁷⁵⁵ En este sentido L.A. TRIGUERO MARTINEZ *Op.Cit.*, pp 39

generaciones⁷⁵⁶. Desde esta perspectiva, los derechos sociales constituyen una generación posterior a los civiles y políticos, hecho que hace pensar en los mismos como derechos tardíos⁷⁵⁷ que alcanzan su reconocimiento en la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, “la historia moderna de los derechos sociales se inscribe en un «largo siglo» que comienza con las revoluciones sociales de mediados del siglo XIX, se extiende de manera vigorosa en el último tercio de ese siglo y se estabiliza tras la segunda postguerra del siglo XX”⁷⁵⁸. Esta delimitación en el tiempo, tiene que ver más con su cristalización formal en los distintos ordenamientos jurídicos en su fisonomía actual que con su existencia previa. En cualquier caso, la aceptación de una visión cronológica de cada una de las fases o generaciones de las demandas de los diferentes derechos, no implica de plano “la supresión de las precedentes”; al contrario, “cada una de ellas se halla fuertemente vinculada a un valor o valores que los caracteriza” y que “se encuentran también presentes indistintamente de una u otra forma y con mayor o menor relevancia en las otras generaciones”⁷⁵⁹. En este sentido, incluso desde posiciones doctrinales que postulan una visión generacional de los derechos, se entiende que los derechos civiles, políticos y sociales fueron en otros tiempos “tres hilos de la misma hebra. Los derechos se entremezclaban porque las instituciones se amalgamaban [...] y los derechos sociales de una persona formaban parte de la misma amalgama”⁷⁶⁰.

La historia de los derechos sociales, tal y como se conciben hoy, encuentran un claro precedente en la Revolución Industrial. Al margen de que su desarrollo no fuera lineal en el tiempo ni en las formas de desenvolverse en

⁷⁵⁶ En este sentido N. BOBBIO. *Op.Cit.*, pp 19

⁷⁵⁷ Gerardo PISARELLO. “*Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*” Ed. Trotta Madrid 2007 *Op.Cit* pp. 19-36

⁷⁵⁸ Cfr. G.PISARELLO. *Op. Cit.*, pp.19-36

⁷⁵⁹ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ. *Op. Cit* pp. 27

⁷⁶⁰ Cfr.T.H MARSHALL y Tom BOTTOMORE “*Ciudadanía y clase social*” Ed. Alianza Editorial. Madrid 1998. pp 23 *La ubicación de los periodos formativos de los derechos, en derechos civiles siglo XVIII, políticos en el XIX y los sociales en el XX y su vinculación al estatus de ciudadanía ha contribuido en gran medida a una visión generacional de los derechos. Frente a este tipo de planteamiento algún sector doctrinal defiende que este tipo de visión generacional de los derechos devalúa los derechos sociales. En este sentido, previo al momento de la segunda postguerra existe “una rica «prehistoria» tanto de políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social como de luchas por la subsistencia y la seguridad material. Esta prehistoria se remonta a mucho antes del surgimiento del Estado moderno...” Para mayor detalle G.PISARELLO. Op. Cit pp 19-36*

los distintos países, parece acertado decir que la Revolución industrial, como factor económico, actuó como desencadenante para el nacimiento del Derecho Social y de los derechos sociales. En paralelo a este proceso, una clase burguesa emergía reivindicando un nuevo orden: “el liberalismo en su máxima expresión individualista”⁷⁶¹. El resultado de la combinación de estos factores implicaría una ruptura con todo orden anterior. En lo económico se pasa de una sociedad rural basada fundamentalmente en la agricultura u organizada en gremios a otra puramente industrial. En el ámbito político-jurídico, el individuo aparece ahora como titular de derechos, “tanto en la esfera de las libertades civiles, las «negativas» constituyendo un espacio civil-económico en el que el individuo reivindica derechos de autonomía frente al poder público, como en la esfera de las libertades políticas, las «positivas» [...] según el esquema del contrato social”⁷⁶². Al tiempo, emerge el modelo de trabajo asalariado, el cual, en total ausencia de leyes que protegieran a los trabajadores en materia sanitaria y laboral, se desarrolla al margen de cualquier garantía externa.

En este contexto, el individualismo termina por traducirse en “privatismo económico, es decir, en una situación tal que en la base del edificio político común está *solo y exclusivamente* una relación de aseguración mutua entre individuos propietarios”⁷⁶³. La Revolución industrial transformó así el orden social y económico vigente hasta ese momento para dar paso a un modelo de sociedad capitalista en la que continuamos inmersos actualmente. Los efectos del desarrollo del capitalismo fueron diversos, si bien por un lado generó un crecimiento económico desconocido hasta el momento, creando una gran desigualdad social con el empeoramiento de las condiciones de vida de la clase trabajadora; pero al mismo tiempo, generó “las condiciones objetivas para su organización en torno a alternativas que les permitieran asegurar sus «intereses materiales y morales» y el control sobre sus propias vidas”⁷⁶⁴. La consecuencia directa fue “el nacimiento y desarrollo de un movimiento social de vital importancia en el seno de las sociedades de carácter industrial: el

⁷⁶¹ Cfr. L.A. TRIGUERO MARTINEZ. *Op. Cit* pp. 10

⁷⁶² Cfr. Maurizio FIORAVANTI. “*Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*” Ed. Trotta 2003. pp. 55

⁷⁶³ Cfr. M. FIORAVANTI. *Op. Cit.*, pp.56

⁷⁶⁴ Cfr. G. PISARELLO. *Op. Cit.*, pp. 22

movimiento obrero”⁷⁶⁵ y con él las demandas de protección social. Será en nombre de este movimiento cuando comiencen a plantearse “distintas posibilidades al orden económico implantado y vigente: el capitalismo”⁷⁶⁶. En este estado de cosas, frente al liberalismo individualista aparece ahora la conciencia colectiva de la clase obrera.

Ante la evidencia cada vez mayor de la incapacidad del sistema socioeconómico liberal para mejorar las condiciones de vida de las clases trabajadoras, las reivindicaciones contra las condiciones de trabajo deshumanizadas adoptaron diversas formas de expresión. Fue así como, frente a la idea de libertad frente a injerencias del Estado, se fue abriendo paso la idea de la necesidad de su intervención para abordar lo que empezó a conocerse como «cuestión social». En su desarrollo y respaldando al movimiento obrero, surge una corriente jurídico-política antagonista a la liberal capitalista, el socialismo, que defendía una “participación de los trabajadores en las instituciones a fin de que, desde ellas y su derecho, se posibilitase la transformación de la clase obrera y la transformación democrática del Estado”. Este tipo de concepción se convirtió en el “eje central de un paradigma [...] que estaba en ciernes: el Derecho Social”⁷⁶⁷. De este modo, los acontecimientos de la Revolución Industrial y la implantación del sistema económico liberal que dieron origen a la clase trabajadora, constituyeron la sustancia del Derecho Social y el sustrato para el nacimiento de unos derechos humanos articulados “en torno al valor de la igualdad material: los derechos sociales”, cuyo desarrollo “en el contexto de la necesaria construcción de un Estado social supusieron una [...] lenta y paulatina labor de desmercantilización de la vida social y laboral de las personas en el marco del sistema capitalista”⁷⁶⁸.

En este estado de cosas, comienza a perfilarse un modelo normativo de carácter protector donde el trabajo pasa a convertirse en una actividad económica que implica a su vez la forma de integración dentro de la sociedad. Comienza así “un proceso de «socialización» que afectó a las diferentes

⁷⁶⁵ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op. Cit.*, pp. 11

⁷⁶⁶ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op. Cit.*, pp. 11

⁷⁶⁷ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op. Cit.*, pp.14

⁷⁶⁸ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op. Cit.*, pp.18

disciplinas jurídicas”. En este contexto, surge “el Derecho laboral, y con él, se institucionalizaron derechos hasta entonces perseguidos como el derecho de sindicación, de huelga o de negociación colectiva”⁷⁶⁹. La forma que adquiere el capitalismo en los países occidentales tras la segunda Guerra Mundial da lugar a los denominados estados del bienestar de tipo keynesiano. Este es el momento en el que los clásicos derechos civiles y políticos se extienden a sectores hasta entonces excluidos de su disfrute, al tiempo que se reconocen derechos específicamente sociales en el ámbito de la vivienda, la salud, la educación o el trabajo⁷⁷⁰.

En este marco de referencia, nace al fin el constitucionalismo de los derechos y las libertades, consagrando al más alto nivel su protección, para impedir tanto las violaciones de los derechos de libertad como para satisfacer los derechos sociales constitucionalmente protegidos. La trayectoria del “Estado moderno, primero liberal, en el que los individuos que recobran el poder soberano son sólo una parte de la sociedad; después democrático, en el que son potencialmente todos” es ahora “por último social, en el que los individuos convertidos todos en soberanos sin distinciones de clases reivindican, además de los derechos de libertad, los derechos sociales”⁷⁷¹. Esta victoria a medias se tradujo en una ausencia de garantías equiparables de las que gozan los derechos civiles y políticos. En este sentido, “la mayoría de los estados sociales de postguerra no pasaron de ser estados garantistas y democráticos atenuados”⁷⁷².

Esta situación ha pervivido en el tiempo con una tendencia a la baja, de tal modo que “de garantía de las libertades fácticas, y no simplemente formales que aseguran la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, los derechos sociales han pasado a concebirse como obstáculos y, en ese sentido, como excepciones, a la vigencia casi irrestricta de la libre circulación de capitales, mercancías y servicios”⁷⁷³.

⁷⁶⁹ Cfr. G. PISARELLO *Op. Cit.*, pp. 24

⁷⁷⁰ G. PISARELLO *Op. Cit.*, pp. 23

⁷⁷¹ Cfr. N. BOBBIO *Op. Cit.*, pp 145-146

⁷⁷² Cfr. G. PISARELLO *Op. Cit.*, pp. 29

⁷⁷³ Cfr. G. PISARELLO *Op. Cit* pp. 30

Los nuevos tiempos traen consigo nuevos retos no solo económicos sino también jurídicos y políticos. A pesar de que los derechos sociales han alcanzado su reconocimiento formal en las constitucionales nacionales y han sido proclamados como derechos humanos a nivel internacional, lo cierto es que el constitucionalismo de los derechos ve cada día más reducido el terreno conquistado frente a lo que bien podría llamarse una contrarreforma neoliberal, cuya expansión no solo está aumentando las desigualdades sociales, sino que también está afectando a los derechos civiles y de participación⁷⁷⁴. En este estado de cosas, es la fórmula del Estado constitucional la que está en posición de garantizar la satisfacción de todos los derechos, encontrado en el neoconstitucionalismo las condiciones objetivas necesarias para enderezar el rumbo de las cosas en el camino de la protección de los derechos fundamentales tal y como fueron pensados, proclamados y consagrados.

2. La retórica de los derechos sociales como derechos humanos.

Fuera del marco de los estados nacionales, la conquista de los derechos encuentra su reconocimiento internacional en la Declaración Universal de los Derechos del hombre aprobada en 1948 en cuyo texto se incluyen tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales. El camino para su consagración como derechos interdependientes e indivisibles para preservar la dignidad humana no ha sido llano. El diferente trasfondo político, económico y social del momento y las dos grandes ideologías presentes y enfrentadas en la negociación de la concreción de los derechos, el capitalismo y el socialismo, pugnaban por sus propios intereses. Para los primeros, era fundamental la defensa de las libertades individuales clásicas, los derechos civiles y políticos, para los segundos primaban los derechos sociales y culturales y las circunstancias económicas en que estos debían desarrollarse⁷⁷⁵. En este sentido, “la Declaración Universal

⁷⁷⁴ G.PISARELLO *Op. Cit.*, pp.30

⁷⁷⁵ *La elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tuvo que lidiar con el enfrentamiento ideológico- político de los dos grandes bloques Este-Oeste y sus intereses contrapuestos. Su diferente forma de concebir la importancia de los derechos y del papel asignado al Estado en relación con estos dificultó los trabajos en la elaboración de la*

pretendió presentar una concepción universal, un ideal común a la humanidad entera, de los derechos humanos, elevándose, en un mundo dividido, sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza”⁷⁷⁶. El resultado es “el primer texto jurídico-internacional que formula un catálogo omnicomprendivo de derechos humanos”⁷⁷⁷. En este sentido, la Declaración expresa el consenso sobre los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales como derechos humanos de todas las personas, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”⁷⁷⁸. Por primera vez, se reconocían en el ámbito internacional los derechos sociales, culturales y económicos. La importancia de su constatación estaba presente desde el inicio de la Declaración. En el preámbulo de la misma, derechos humanos y progreso social se anudan como presupuesto necesario en la obtención de un objetivo, la necesidad de elevar el nivel de vida de todos los hombres “dentro de un concepto más amplio de la libertad”⁷⁷⁹. En este sentido, “toda reflexión sobre la eficacia de un sistema jurídico de promoción y protección de los derechos humanos debe partir de la consideración de que la realidad de estos derechos está determinada por las condiciones económicas, sociales y culturales”, hasta tal punto que “podrán existir los derechos humanos según el orden normativo vigente, pero no serán una verdad real si no se dan determinadas condiciones económicas y sociales”⁷⁸⁰. Esto no resta valor a la importancia de estos derechos ni impidió que se estableciera con carácter general el derecho de “toda persona, como miembro de la sociedad [...] a la satisfacción de los derechos económicos,

Declaración, sin embargo, es bastante significativo que a pesar de las dificultades externas, la Declaración fue aprobada por 48 votos a favor, 8 abstenciones y ningún voto en contra.

⁷⁷⁶ Cfr. Héctor GROS ESPIELL. “*Estudios sobre Derechos Humanos II*”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos- Civitas. Madrid 1998 pp.30

⁷⁷⁷ Cfr. Karl- Peter SOMMERMAN. “*El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948*”, En PÉREZ LUÑO, A-E. (Coord.): *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 98.

⁷⁷⁸ Art 2 De la Declaración Universal de los Derechos Humanos

⁷⁷⁹ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre

⁷⁸⁰ H. GROS ESPIELL. *Op. Cit.*, pp. 254

sociales y culturales” como derechos “indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”⁷⁸¹.

En cualquier caso, la inclusión de los llamados derechos de segunda generación no fue una cuestión pacífica. La discrepancia en torno al valor de los derechos de una y otra generación y la inclinación de la balanza hacia las libertades individuales afloraría años después.

En 1966, no sin dificultades, veían la luz dos grandes pactos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los cuales dotaban de mayor concreción a los derechos al tiempo que los separaba. La continua confrontación entre los dos grandes bloques ideológicos-políticos, el liberal y el socialista, provocó la fragmentación entre ambas generaciones de derechos. La disociación entre ambas categorías responde así a razones estrictamente políticas e ideológicas y en un último término al carácter obligatorio de los Pactos una vez ratificados. En la práctica, “la diferencia entre las dos concepciones consiste precisamente en la respectiva convicción de que entre ambos tipos de derechos hay que hacer una elección o, al menos, establecer un orden de prioridades”⁷⁸². A pesar de la división establecida entre ambas generaciones de derechos, lo relevante “es lo proclamado en el preámbulo de ambos Pactos: la complementariedad, interconexión y comunicabilidad trascendental entre ambas tipologías de derechos para la realización personal, libre y social del ser humano”⁷⁸³. Esta conexión se hace más evidente con el trascurso del tiempo a través del incremento de ratificaciones como expresión de una cierta voluntad de obligatoriedad por parte de los Estados. En cualquier caso, lo cierto es que cada Pacto genera de partida obligaciones de un tipo muy diferente y cuentan con unos mecanismos de control diversos.

⁷⁸¹ Art 22 Declaración Universal de los Derechos Humanos “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional y en conformidad con la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”. En el mismo sentido, el art.28 señala que “*Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos*”.

⁷⁸² Cfr.N. BOBBIO *Op. Cit pp* pp 81

⁷⁸³ Cfr.L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op.Cit.*, pp.49

De una primera lectura, la conclusión que puede extraerse es que para los derechos de primera generación las obligaciones que adquieren los Estados que lo ratifican tienen carácter inmediato, es decir, tienen la obligación de respetar, garantizar y promover todos los derechos reconocidos en él⁷⁸⁴. En cambio, para los llamados derechos de segunda generación, las obligaciones tienen carácter progresivo y condicionado y son establecidas en términos de compromiso y no de garantía. En este sentido, para estos últimos se señala que los Estados se comprometen a adoptar medidas “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente [...] por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos”⁷⁸⁵ en el reconocido. De la interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza sobre el art. 2.1 del Pacto se obtiene una lectura más completa sobre las obligaciones de los Estados Partes. A este respecto el Comité señala que el Pacto “también impone varias obligaciones con efecto inmediato”. En este sentido, las obligaciones jurídicas de los Estados Partes en el Pacto, incluyen tanto “obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado”. La expresión «progresiva efectividad» debe entenderse en relación a las posibilidades reales de realización de los derechos económicos, sociales y culturales en los diferentes contextos políticos y económicos y, en este sentido, si bien difiere de la obligación inmediata de respetar y garantizar que se establece para los derechos civiles y políticos, la realización progresiva “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”⁷⁸⁶. Así las cosas, la inmediatez en la realización plena de los derechos sociales puede verse relativizada por la progresividad en su consecución, pero no en el compromiso de caminar en esa dirección. Para este último, la obligación es inmediata. La realidad que subyace de esta

⁷⁸⁴ Art.2.1 PIDCP: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...”.

⁷⁸⁵ Art.2.1 PIDESC: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

⁷⁸⁶ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de Sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990)

forma de positivización de los derechos sociales gira en torno a la aceptación de la tutela de los derechos civiles y políticos, como derechos atribuidos directamente al individuo y el cuestionamiento de los derechos sociales, económicos y culturales como auténticos derechos. Este tipo de entendimiento tiene su origen más en las prestaciones que para su realización se precisan siendo, en este sentido, el Estado el garante principal, que en su carácter de derechos fundamentales de la persona y en el hecho de su consagración positiva.

Esto afecta, al mismo tiempo, a la justiciabilidad de unos y otros derechos y tiene como resultado diverso la instauración o la ausencia de garantías para su exigibilidad. En este sentido, para los derechos civiles y políticos se establece la posibilidad de interponer un recurso efectivo en caso de violación de los mismos⁷⁸⁷, garantía, en cambio, no prevista para los derechos económicos, sociales y culturales. La ausencia de esta previsión tiene su origen en la visión de los estos últimos como derechos simplemente programáticos, idea presente desde el inicio, cuando la intención era elaborar un único tratado general para dar fuerza vinculante a las disposiciones de la Declaración Universal. Desde la perspectiva liberal solo los derechos de primera generación eran derechos humanos genuinos susceptibles de ser garantizados de manera inmediata e implementados con procedimientos de naturaleza judicial.

El Comité, sin embargo, mantiene la misma línea de interpretación expansiva. La ausencia de previsión en los mismos términos que se establecen para los derechos de primera generación no es óbice para que los derechos de la segunda generación sean justiciables de manera inmediata. A estos efectos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que la adopción de medidas apropiadas para la consecución progresiva de los derechos de la segunda generación incluye además de las legislativas “la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con

⁷⁸⁷ Art.2.3 a) PIDCP “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”.

el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables”. En este sentido, se incluyen dentro del mismo varias disposiciones “que cabría considerar de aplicación inmediata por parte de los órganos judiciales y de otra índole en numerosos sistemas legales nacionales”. Para estas disposiciones el Comité concluye que es “difícilmente sostenible sugerir [...] que son intrínsecamente no autoejecutables”⁷⁸⁸.

La ausencia de mecanismos de protección equiparables a los establecidos para los derechos civiles y políticos supone una clara ruptura del principio de indivisibilidad e interdependencia entre ambas categorías de derechos manifiesto tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el preámbulo de ambos Pactos. El nexo de conexión entre los derechos de una y otra generación no es otro que la dignidad humana y “una vez que el principio de dignidad se postula como fundamento de los derechos de la persona, la interdependencia e indivisibilidad entre los civiles, políticos, sociales y culturales resulta obligada”⁷⁸⁹. En este estado de cosas, han sido necesarias más de tres décadas desde la entrada en vigor del Pacto de los derechos de segunda generación para la aprobación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷⁹⁰. En él se hace referencia a los derechos contenidos en la parte II y III del Pacto, que comprenden desde el Art. 2 al 15, que incluyen tanto las obligaciones generales de los Estados como los derechos específicamente protegidos.

Con el Protocolo se instituyen, al fin, mecanismos de denuncia individual, por personas o grupos, frente a los Estados por las violaciones de los Derechos Económicos Sociales y Culturales⁷⁹¹. El protocolo también contempla un procedimiento de investigación⁷⁹² y de denuncia interestatal⁷⁹³.

⁷⁸⁸ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de Sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990). El Comité cita entre ellas las de los artículos 3, 7 (inciso i) del apartado a)), 8, 10 (párr. 3), 13 (apartado a) del párrafo 2 y párrafos 3 y 4) y 15 (párr. 3).

⁷⁸⁹ Cfr. G.PISARELLO. *Op. Cit.*, pp. 38

⁷⁹⁰ Aprobado por la Asamblea General de la ONU el día 10 de diciembre de 2008

⁷⁹¹ Art.2 Protocolo Facultativo del PIDESC: “*Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en las partes II y III del Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de*

Con este nuevo mecanismo de protección se abre el acceso a la justicia internacional para los derechos de segunda generación. Esto implica su posibilidad de acceder al sistema universal de protección de derechos humanos restituyendo, el aclamado principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, al lugar que le corresponde.

2.1. Europa. Una protección disminuida para los derechos sociales.

En el ámbito europeo el escenario de partida, en lo que prioridad del reconocimiento y garantía de los derechos se refiere, es el mismo. De un reconocimiento indubitado respecto a la protección de los derechos civiles y políticos, nace el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales⁷⁹⁴, en el cual, se reconocen los derechos de primera generación. Al margen de contener algún que otro derecho de corte social, se apostaba inicialmente de nuevo “por la separación radical entre dos categorías de derechos humanos” postergando para un segundo momento el reconocimiento de los derechos sociales⁷⁹⁵. Al margen de su ausencia, el valor del Convenio respecto a los derechos civiles y políticos es innegable. De inspiración en la Declaración Universal de los Derechos humanos, el Convenio Europeo nace del espíritu de una filosofía democrática común y busca construir un *ius commune* europeo de los derechos humanos adoptando para ello las primeras medidas en aras de asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal⁷⁹⁶. Los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se configuran como un mínimo que, en ningún caso, habrá de limitar

personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento”. Los Estados que ratifiquen el Protocolo Facultativo del PIDESC reconocen la competencia del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC),

⁷⁹² Art. 11 Protocolo Facultativo del PIDESC

⁷⁹³ Art. 10 Protocolo Facultativo del PIDESC: “*Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá declarar en cualquier momento, con arreglo a este artículo, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto [...]*”

⁷⁹⁴ Obra del Consejo de Europa de 1950 firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953

⁷⁹⁵ L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op. Cit.*, pp. 52

⁷⁹⁶ Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos

o perjudicar otros derechos humanos o libertades fundamentales reconocidos por los Estados parte en otros instrumentos⁷⁹⁷. En este mismo sentido, el Convenio ha ido ampliando y modificando su contenido a través de los diferentes protocolos⁷⁹⁸ buscando, al tiempo, un mayor paralelismo entre el Convenio y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos. A pesar de esto, no se puede hablar de un sistema europeo homogéneo de protección de los derechos humanos en el sentido de que, si bien, los Estados miembros del Consejo de Europa están vinculados por el Convenio Europeo de derechos Humanos, en cambio, no todos están obligados por los distintos Protocolos adicionales normativos que han ampliado la lista de derechos y libertades. La ausencia de homogeneidad puede igualmente verse originada por la posibilidad de los Estados de formular reservas⁷⁹⁹ en el momento de firmar el Convenio o alguno de sus Protocolos aunque están sujetas, en cuanto a su validez, al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es la existencia de este último el que dota de una especial significación al Convenio. Desde su nacimiento, el Convenio Europeo de Derechos Humanos regula un sistema institucionalizado de garantía jurisdiccional para la protección de los derechos en el contenido. Se trata de un sistema complejo que ha ido perfeccionándose en el tiempo. Inicialmente la jurisdicción del Tribunal tenía carácter facultativo, sin embargo, con la entrada en vigor del protocolo núm. 11⁸⁰⁰ se instaura un sistema de protección jurisdiccional vinculante, al instituir un único órgano de

⁷⁹⁷ Art. 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

⁷⁹⁸ Modificado por los Protocolos nos. 11 y 14 y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos núm. 4, 6, 7, 12 y 13. El texto del Convenio fue anteriormente modificado por las disposiciones del Protocolo núm. 3 que entró en vigor en 1970, del Protocolo núm. 5 de 1971 y del Protocolo núm. 8 de 1990. Incluía igualmente el texto del Protocolo núm. 2 de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el protocolo núm. 11 adoptado el 11 de mayo de 1994 entrando en vigor en 1998. Desde esa fecha, el Protocolo núm. 9 de 1994, quedó derogado y el Protocolo núm. 10 quedó sin objeto. El texto del Convenio ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo núm. 14 a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010.

⁷⁹⁹ Art 57 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸⁰⁰ Tras las reformas introducidas por el Protocolo número 11 adoptado el 11 de mayo de 1994 y que entraría en vigor el 1 de noviembre de 1998, se alteraba el modelo de garantía jurisdiccional instaurado en 1950. Con él, el Convenio Europeo de Derechos Humanos pasa a estar integrado por cincuenta y nueve artículos distribuidos en tres títulos. El Título primero (artículos 2 a 18) contiene los derechos y libertades reconocidos; el Título segundo (artículos 19 a 51) regula la estructura y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y el Título tercero (artículos 52 a 59) hace referencia a disposiciones diversas.

control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y jurisdicción obligatoria y vinculante.

Su competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos por aquellos que posean legitimación activa para ello. A estos efectos, están legitimados tanto los Estados partes en el Convenio, como cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos⁸⁰¹. La posibilidad de que cualquier Estado parte puede interponer demanda ante el Tribunal con indiferencia de la nacionalidad de las víctimas cuya violación de los derechos se alega, implica la superación de la tradicional exigencia de la nacionalidad como uno de los requisitos para la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado. Este supuesto no se contempla, en cambio, para las demandas particulares para las que se exige ser víctima directa de una violación de alguno de los derechos que le reconoce el Convenio o sus Protocolos adicionales normativos. El acceso al Tribunal debe ir precedido por el agotamiento previo de los recursos internos⁸⁰², hecho que pone de manifiesto el carácter subsidiario del sistema de protección europeo.

Las sentencias del Tribunal son obligatorias; sin embargo, será el Comité de Ministros el que velará por su ejecución⁸⁰³. El hecho de que las sentencias no posean carácter ejecutorio directo resta efectividad a la tutela jurisdiccional de los derechos y libertades por el Tribunal pero no impide que las mismas produzcan efectos jurídicos. En este sentido, tienen efecto de cosa juzgada respecto del Estado demandado y, al mismo tiempo, poseen efectos erga omnes respecto de todos los Estados partes en el Convenio.

La decisión de dejar fuera del Convenio a los derechos de carácter socio-económico, no ha impedido que el Tribunal a través de su jurisprudencia ponga de manifiesto la interdependencia entre estos derechos y

⁸⁰¹ Art. 33 y 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸⁰² Art.35 del Convenio: condiciones de admisibilidad de las demandas.

⁸⁰³ Art. 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

los de primera generación extendiendo su ámbito de protección a derechos que no están expresamente reconocidos en él, “llegando así al límite de la interpretación teleológica del mismo”⁸⁰⁴. En este sentido, el Tribunal señala que el Convenio “debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento, y dentro de su ámbito de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo” de ahí que “si bien el Convenio reconoce derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social”. En estado de cosas “el Tribunal estima que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”⁸⁰⁵.

Esta tendencia expansiva de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es trascendental para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, máxime ante la ausencia de justiciabilidad que los derechos sociales y económicos deberán enfrentar.

Fue necesario algo más de un década para que estos obtuvieran su reconocimiento en un instrumento internacional de carácter regional y complementario al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea⁸⁰⁶. Su elaboración y concreción, menos pacífica que la del Convenio, intenta dar respuesta a las finalidades para las cuales se concibió el Consejo de Europa. En este sentido, uno de sus fines primordiales radica en promover la acción conjunta de sus Estados miembros en aras de facilitar su “progreso económico y social”, salvaguardando los ideales y principios que constituyen su patrimonio común. Esta finalidad se perseguirá mediante “la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos,

⁸⁰⁴ Cfr. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO. “*El Convenio Europeo de Derechos Humanos*”. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Universidad de Deusto. Bilbao 2004. pp. 426
<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/hnet/hnet13.pdf>

⁸⁰⁵ Sentencia de 19 de octubre de 1979, en el asunto Airey contra Irlanda.

⁸⁰⁶ Carta Social Europea, 18 de octubre de 1961.

social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁸⁰⁷.

En la práctica, entre uno y otro instrumento existen diferencias sustanciales que dejan la pretendida complementariedad entre ambos en un plano más teórico que real. Esta diferenciación devalúa la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los de carácter socio-económico y dispensa a estos últimos una protección de segunda clase.

El sistema de control diseñado para la garantía del goce y disfrute de los derechos económicos y sociales que se instaure con la entrada en vigor de la Carta Social Europea “ofrece un escaso nivel garantista al conjunto de los derechos sociales”⁸⁰⁸. El incumplimiento o la violación de los mismos, a diferencia de los derechos civiles y políticos, no es recurrible ante una instancia jurisdiccional internacional por lo que solo se puede hablar de una protección atenuada basada en un “garantismo técnico-institucional y no jurisdiccional”⁸⁰⁹.

El único sistema de control para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la CSE es un mecanismo de supervisión de carácter no contencioso que se basa en la obligación de presentar de informes periódicos. Junto a la insuficiencia de la protección dispensada y a pesar de que la Carta reconoce un elenco significativo de derechos sociales, estos ven igualmente recortado su reconocimiento por la inclusión institucionalizada de la posibilidad de vincularse parcialmente al contenido de la Carta. De este modo, respecto a los diecinueve derechos reconocidos, principalmente en el ámbito laboral y de la salud, se establece que los Estados parte deberán obligarse como mínimo por cinco de los siete derechos que constituyen el núcleo duro de los derechos garantizados⁸¹⁰. Para el resto de derechos la obligación se circunscribe a un número de artículos o párrafos numerados a libre elección de la Parte contratante de tal forma que “el número total de los artículos y de los

⁸⁰⁷ Art. 1 a y b del Estatuto del Consejo de Europa.

⁸⁰⁸ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op. Cit.*, Pp. 55

⁸⁰⁹ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op. Cit.*, Pp. 55

⁸¹⁰ Los artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19 de la Parte II de la Carta: el derecho al trabajo, el derecho sindical, el derecho de negociación colectiva, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica y el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia.

párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados”⁸¹¹.

La inclusión de esta fórmula supone una reducción de los objetivos perseguidos “al posibilitar la existencia de tantas «Cartas Sociales» como Estados lleguen a ser partes en la misma”⁸¹². El resultado es “un menoscabo en la integridad de la Carta Social en cuanto instrumento jurídico que aspira a establecer con carácter general los derechos sociales en Europa” al mismo tiempo que genera “una cierta «atomización» respecto a los derechos reconocidos” al desvincularlos de forma innecesaria “de su propio contexto, conduciendo a una inevitable y acusada pluralidad de regímenes jurídicos que, sin duda, resta eficacia a la propia Carta Social considerada en su conjunto”⁸¹³.

La evolución habida en las sociedades europeas desde la adopción de la CSE propició la apertura de un proceso de revisión de la misma a principios de los años 90. A partir de ese momento se inicia una reflexión sobre la significación, contenido y funcionamiento de la CSE⁸¹⁴. Los cambios debían ir dirigidos tanto a la revisión de ciertas disposiciones normativas como del sistema de control y a la inclusión de nuevos derechos sociales y económicos.

En este contexto, se adopta en 1988 un Protocolo adicional con cuatro nuevos derechos⁸¹⁵, el Protocolo de 1991 dirigido a modificar el sistema de control previsto en la CSE, el Protocolo 1995 por el que se instituye un

⁸¹¹ Artículo 20.1 b y c Parte II de la Carta Social Europea de 1961

⁸¹² Cfr. Jordi BONET PEREZ y David BONDÍA GARCÍA. “La Carta Social Europea” La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Universidad de Deusto. Bilbao 2004. pp. 452.

<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/hnet/hnet13.pdf>

⁸¹³ Cfr. Castor Miguel DÍAZ BARRADO. “La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en: MARÍÑO MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Dir. y Coord.): Política social internacional y europea. Universidad Carlos III, Instituto Francisco de Vitoria, Cátedra Concepción Arenal, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 249

⁸¹⁴ Conferencia Ministerial informal sobre derechos humanos, celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990 en la que se invita al Comité de Ministros a la adopción de medidas para una revisión de la CSE.

⁸¹⁵ Derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo, el derecho a información y consulta dentro de la empresa, el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral y el derecho a protección social de las personas ancianas.

sistema de reclamaciones colectivas y finalmente en 1996 se adoptó un nuevo texto, la llamada Carta Social Europea (revisada), por la se reconocen y definen nuevos derechos sociales.

A pesar de la Carta Social Europea (revisada) comienza subrayando la necesidad de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y la importancia de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso, lo cierto es que los avances en este sentido han sido de carácter limitado.

A estos efectos, si bien, la trayectoria seguida respecto a los derechos reconocidos presenta una tendencia evolutiva⁸¹⁶, sin embargo, se mantiene el sistema parcial de vinculación, debiendo aceptar un mínimo de seis de los nueve derechos que ahora constituyen el núcleo duro⁸¹⁷ y un número suplementario de artículos o párrafos numerados de la Parte II, hasta un número no inferior a dieciséis artículos o sesenta y tres párrafos numerados.

Respecto a los intentos por modificar el sistema de control, el Protocolo de 1995 instituye un sistema de reclamaciones colectivas que se suma al procedimiento de presentación de informes, este último no modificado en lo sustancial. El procedimiento se inicia mediante una reclamación presentada por escrito por alguna de las organizaciones legitimadas activamente⁸¹⁸ ante el Comité Europeo de derechos Sociales, órgano competente para el examen de las reclamaciones colectivas. El sistema aunque representa un avance sensible dirigido a un reforzamiento del sistema de control de los derechos reconocidos en la Carta, sin embargo, es insuficiente, si se tiene en cuenta su relativa eficacia y la ausencia de legitimación activa a las personas físicas en la defensa de sus derechos. El objeto de las reclamaciones es de carácter general, por tanto, “no admite [...] la

⁸¹⁶ Con la Carta Social Europea (revisada) se alcanzan un total de 31 derechos sociales

⁸¹⁷ Artículo 1 (derecho al trabajo); artículo 5 (derechos sindicales), artículo 6 (derecho a la negociación colectiva); artículo 7 (derecho de los niños y adolescentes a la protección); artículo 12 (derecho a la seguridad social); artículo 13 (derecho a la asistencia social y médica); artículo 16 (derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica); artículo 19 (derecho de los trabajadores migratorios y sus familias a la protección y la asistencia); y artículo 20 (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin discriminación fundada en el sexo).

⁸¹⁸ Art. 1 y 2 del Protocolo de 1995.

individualización desde la óptica del sujeto activamente legitimado —propia de los supuestos de existencia de un derecho colectivo de reclamación—, es decir, de la lógica de la reclamación de derechos”⁸¹⁹. Más allá de esto, no sólo la titularidad de la legitimación activa es colectiva sino que también lo es la naturaleza de la reclamación. Esto impide reclamaciones por vulneraciones de un derecho individual teniendo solo cabida reclamaciones contra una legislación, política o práctica administrativa contrarias a los derechos reconocidos en la CSE original o revisada. Añadido a esto, y aunque se trata de un procedimiento cuasi-jurisdiccional, sus decisiones no son vinculantes.

En síntesis, el sistema de la Carta Social Europea aunque constituye un avance para la protección de los derechos sociales adolece de una excesiva flexibilidad otorgando a los Estados un amplio margen para vincularse tanto respecto a los derechos contenidos en la Carta como a los mecanismos de supervisión de su cumplimiento. Esta flexibilidad se ve igualmente extendida a la no exigencia general de vincularse a la Carta, en sentido contrario, a la que tienen todos los estados miembros del Consejo de Europa de asumir el Convenio de Roma y su Tribunal de Derechos Humanos.

El futuro de su eficacia dependerá, no obstante, de su capacidad para incidir en el marco de las políticas sociales nacionales que responden más “a los dictados de tendencias desreguladoras en el ámbito laboral y restrictivas en lo social” como “al dictado de las no tan ineludibles exigencias de la adaptación a la creciente integración económica mundial” y a “las limitaciones que apunta la política social emprendida en el marco de la integración europea”⁸²⁰.

En este estado de cosas, se pierde nuevamente la oportunidad de dotar a los derechos sociales de la justiciabilidad plena que les corresponde, dificultando, una vez más, la consideración de los mismos como derechos humanos ineludiblemente vinculados a la dignidad humana.

⁸¹⁹ Cfr. J. BONET PEREZ y D. BONDÍA GARCÍA. “La Carta Social Europea”. *Op. cit.*, pp. 77

⁸²⁰ Cfr. J. BONET PEREZ y D. BONDÍA GARCÍA. *Op.cit.*, pp. 480

2.2. Los derechos sociales en el sistema de Tratados de la Unión Europea.

Continuando en el ámbito europeo, encontramos que, desde su fundación, los tratados constitutivos de las comunidades europeas no incluían ningún compromiso formal respecto a los derechos humanos. El reconocimiento y la positivización de los derechos sociales no constituyó de este modo un objetivo de carácter prioritario, primando en sus intereses la dimensión económica y política frente a la social. A pesar de que no existiera un sistema formal de reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales este hecho no impidió, sin embargo, que gozaran de cierta protección.

La dogmática de la que carecían los tratados comunitarios fue apareciendo progresivamente a través de la labor judicial del entonces llamado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La ausencia de un catálogo positivo de derechos propio de la Comunidad no fue óbice para que el Tribunal de Justicia europeo fuera tejiendo una jurisprudencia basada en el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales y en los Tratados internacionales de protección de los derechos suscritos por los Estados miembros, en calidad de principios generales del derecho. Su aportación a la protección de los derechos fundamentales no derivaba del hecho de estar en presencia de una competencia transferida sino de un deber general para las instituciones europeas de respetar en el ejercicio de aquellas competencias que si tenían transferidas, los derechos humanos que forman parte del derecho de los Estados. En este sentido, y si bien los Estados no podían desligarse de tales obligaciones por una transferencia o atribución de competencias materiales, tampoco estos podrían desvincular a las instituciones comunitarias de su obligado respeto a los derechos fundamentales⁸²¹.

Esta defensa de los derechos fundamentales llevada a cabo por Tribunal quedara consagrada expresamente en el Tratado de la Unión

⁸²¹ Araceli MANGAS MARTÍN. “*El compromiso con los derechos fundamentales*” Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo. Fundación BBVA 2008, pp .32, 33.

Europea⁸²². En este sentido, “la simbiosis entre el acervo jurisprudencial y el reconocimiento en el Tratado era perfecta”⁸²³. En lo que respecta a los derechos sociales, a pesar de que el Tratado incluye un Protocolo Social en virtud del cual se llega a un Acuerdo sobre Política social que pone de manifiesto el deseo de los Estados parte en proseguir con la vía trazada por la Carta Social de 1989, lo cierto es que el Acuerdo se caracteriza por su carácter programático, siendo una mera declaración de intenciones, hecho que evidenciaba la ausencia de proyección de la Carta Social en el derecho comunitario.

Con el Tratado de Ámsterdam se da un paso más allá en el compromiso de la defensa de los derechos humanos. Con él se reafirma como principio de la Unión Europea el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales manteniendo el compromiso de respeto a los mismos, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales, configurando tal respeto como una condición indispensable para el ingreso en la Unión y estableciendo la posibilidad de sanción en caso de infracción. Respecto a los derechos sociales, el Tratado incluye el anterior Acuerdo de Política social en adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989. Tal adhesión, aunque convertía a los derechos sociales “en elementos claves de interpretación de la normativa social, estatal y comunitaria”⁸²⁴, no los dotaba, en ningún caso de justiciabilidad.

Escasos años después, se alcanza el Tratado de Niza⁸²⁵ cuya finalidad era realizar los cambios institucionales necesarios para la adhesión de nuevos Estados miembros, hecho que dejó a un lado los posibles avances en derechos. Esto no impidió que simultáneamente a su negociación se acordara la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸²⁶. Su articulado

⁸²² Tratado de la Unión Europea, firmado el 2 de octubre de 1997.

⁸²³ Cfr. A. MANGAS MARTÍN. *Op.cit.*, pp. 47

⁸²⁴ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ. *Op.cit.*, pp.59

⁸²⁵ Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001.

⁸²⁶ El primer texto de la Carta de los Derechos Fundamentales se publicó en el DO C 364, de 18 de diciembre de 2000. El texto definitivo en DO C 303, de 14 de diciembre de 2007.

incluye una serie de derechos civiles, políticos y algunos de carácter económico y social. En síntesis, es una labor de codificación de un conjunto de derechos ya admitidos procedentes de las constituciones nacionales, de los tratados internacionales, en especial, el CEDH y del propio derecho de la Unión europea. Es este sentido, “fue un trabajo de revelación de derechos”⁸²⁷.

A pesar de la importancia de la Carta, no se aceptó su inclusión en el Tratado, dejando para un momento posterior la decisión sobre el futuro del valor jurídico de la misma⁸²⁸. En este estado de cosas, se comenzara a trabajar en el proyecto de un Tratado por el que se crea una Constitución para Europa. En él se debatirá sobre la inserción de la Carta, la adhesión al CEDH y el acceso al Tribunal de Justicia para la defensa de los derechos humanos⁸²⁹. El proyecto que otorgaba carácter obligatorio a la Carta y facultaba a la Unión para adherirse al CEDH sin que tal adhesión supusiera transferencia de competencias normativas en materia de derechos, no llegó a consolidarse.

Tras el fallido intento de Tratado Constitucional, la Carta de los Derechos Fundamentales verá reconocido su valor jurídico por el Tratado de Lisboa de 2007⁸³⁰, momento en que se otorga al texto definitivo de la Carta, el mismo valor jurídico que los Tratados⁸³¹. El reconocimiento del carácter vinculante de la Carta no amplía en modo alguno las competencias normativas de la Unión en tales ámbitos ni abarca todo el espectro de derechos protegidos. El marco jurídico protector se completa con los derechos fundamentales que garantizan el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y aquellos que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, formando todos ellos, parte del Derecho de la Unión como principios generales⁸³².

⁸²⁷ Cfr. A. MANGAS MARTÍN. *Op.cit.*, pp. 58

⁸²⁸ Declaración núm. 23 relativa al futuro de la Unión anexa la Tratado de Niza.

⁸²⁹ A. MANGAS MARTÍN. *Op.cit.*, pp. 60

⁸³⁰ Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01).

⁸³¹ Art 6.1 “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

⁸³² Art. 6.3 “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las

En este orden de cosas, el Tratado señala textualmente que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”⁸³³. El alcance de esta previsión no es otro que el de la obligación futura de adhesión a un Convenio cuyo contenido forma parte del derecho comunitario en forma de principios generales. En este sentido, su consolidación supondría el paso de la adhesión formal a la material e implicaría un reforzamiento en materia de protección de los derechos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, situando “a las instituciones de la Unión (y a la propia Unión) en el mismo plano en el que ya se han situado previamente los Estados miembros, cuyas actuaciones en materia de derechos humanos son susceptibles de control” por este Tribunal.⁸³⁴

Sin negar importancia al reconocimiento que efectúa el Tratado a los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y el respeto a los derechos humanos como valores en los que la Unión se fundamenta, lo cierto es que sigue siendo “una juridificación débil”⁸³⁵ tanto por la ausencia de una atribución de competencias en materia de derechos fundamentales como principalmente por el diferente valor otorgado a los instrumentos de influencia en este ámbito. La asimetría valorativa se pone de manifiesto en el carácter vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales frente a la consideración de principios generales del Convenio, cuando en la práctica debería existir una interacción entre los instrumentos del Consejo de Europa y de la Unión Europea en materia de derechos Humanos⁸³⁶. La debilidad y asimetría es aún más notable en relación a los derechos sociales. A este respecto, la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁸³⁷, único instrumento comunitario de contenido específicamente social, constituye en sí misma una declaración de derechos sin eficacia jurídica vinculante. En este sentido, la Carta no reconoce auténticos y genuinos

tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

⁸³³ Art.6.2 A lo que añade que “Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”.

⁸³⁴ Cfr. A. MANGAS MARTÍN. *Op.cit.*, pp 72

⁸³⁵ Cfr. L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op.cit.*, pp 61

⁸³⁶ En este sentido L.A TRIGUERO MARTINEZ *Op.cit.*, pp 61

⁸³⁷ Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, 9 de diciembre de 1989.

derechos subjetivos de carácter social susceptibles de ser reclamados ante las instituciones comunitarias como garantía de su realización efectiva⁸³⁸ sino valores o principios sobre los que basar el modelo europeo de derecho laboral con el fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores⁸³⁹.

Las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa⁸⁴⁰ nada aportan al desarrollo de la protección de los derechos sociales. Tanto la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores como la Carta Social Europea no dejan de concebirse como objetivos a cumplir sin garantías de cumplimiento ni de protección ante su violación. Su valor queda así reducido al de un conjunto de principios mínimos, dejando a los derechos sociales una vez más en el plano de un deber ser que nunca termina por consolidarse.

En este estado de cosas, el desarrollo de los derechos sociales solo puede hoy darse en un contexto de cooperación internacional y «utópica o no, [...] la utopía ha sido y es, en ciertas condiciones históricas, un motor insustituible del progreso y la evolución política, ideológica, económica, social y jurídica de la humanidad»⁸⁴¹. El grado de dificultad de realización de un derecho no le resta valor al mismo ni admite una tutela diferenciada.

⁸³⁸ En este sentido J.L. MONEREO PEREZ “*Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los Trabajadores (II)*”. Civitas. Revista española del Derecho del Trabajo núm. 57 1993 pp.61

⁸³⁹ La Carta hace referencia a los derechos de la libre circulación de los trabajadores, el empleo y las retribuciones, la mejora de las condiciones de trabajo, la protección social, la libertad de asociación y de negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información, la consulta y la participación de los trabajadores, la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo, la protección de los niños, los adolescentes, las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad.

⁸⁴⁰ Artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguo artículo 136 TCE). Título X. Política Social “*La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones [...]*”

⁸⁴¹ Cfr. H. GROS ESPIELL. *Op. cit.*, pp. 349- 350

3. De la retórica a la realidad de los derechos sociales.

De las líneas que preceden pueden extraerse principalmente dos impresiones. La primera de ellas hace referencia al entendimiento generalizado del valor indiscutible de los derechos sociales como derechos humanos imprescindibles para el desarrollo de la personalidad humana. La segunda, en cambio, tiene que ver con ciertos rasgos inherentes a los derechos sociales que no sólo ha dificultado el acuerdo inicial sobre su reconocimiento sino que hacen que cada vez se vea más debilitado el terreno conquistado. Así las cosas, respecto a los derechos sociales se podría decir que “cuando se trata de enunciarlos, el acuerdo es obtenido con relativa facilidad, independientemente de la mayor o menor convicción de su fundamento absoluto”; sin embargo “cuando se trata de pasar a la acción, aunque fuese el fundamento indiscutible, comienzan las reservas y las oposiciones”⁸⁴².

Como se ha puesto anteriormente de manifiesto, son varias las problemáticas que los derechos sociales deben enfrentar. Sobre ellos se discute sobre si son o no auténticos derechos subjetivos, del mismo modo se cuestiona su fundamentalidad o se les niega como derechos justiciables. Un acercamiento a los derechos sociales como derechos fundamentales solo será posible si los diferentes problemas sobre los mismos no se tratan como una cuestión de todo o nada⁸⁴³.

A estos efectos, la primera precisión debe hacer referencia a que cuando se habla de derechos sociales no se está frente a una categoría de derechos homogénea. Los derechos sociales son, en ocasiones, auténticos derechos subjetivos y, en otras, normas objetivas que “expresan un conjunto de valores o decisiones básicas [...] que informan la producción, interpretación y aplicación del Derecho”⁸⁴⁴. Desde esta posición influyen directamente en el desarrollo del orden jurídico infraconstitucional, el cual habrá de moverse, en todo caso, dentro de unos límites. La forma en la que aparecen, no impide, sin

⁸⁴² Cfr. N. BOBBIO *Op. cit.*, pp. 61

⁸⁴³ En este sentido Robert ALEXY “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2002. Pp. 486

⁸⁴⁴ Cfr. María José AÑON ROIG “*Lecciones de derechos sociales*” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2001. Pp. 60

embargo, que exista una amplia semejanza “con respecto al contenido, la estructura y los problemas”⁸⁴⁵. Que la inmensa mayoría de las constituciones contemporáneas contienen derechos sociales fundamentales, bien como derechos subjetivos, bien como normas objetivas es un hecho incontestable. En el constitucionalismo de los derechos, aparecen junto a los derechos tradicionales de libertad y los políticos, los derechos sociales. Cuestión distinta es que por su naturaleza sean derechos cuyo objeto y alcance sea de difícil determinación y que su realización plena, si acaso esta es posible, dependa de una acción positiva por parte del Estado. De una forma o de otra, cuando se habla de derechos sociales fundamentales, ya sea como normas que confieren derechos subjetivos, o bien como normas que obligan al Estado solo objetivamente “se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”⁸⁴⁶. Este rasgo inherente a los derechos sociales no es, sin embargo, exclusivo de los mismos. Es cierto que estos requieren para su satisfacción de una acción positiva por parte del Estado que se traduce entre, otras cosas, en la designación de importantes partidas económicas, en cambio, los derechos civiles y políticos se caracterizan precisamente por generar obligaciones negativas o de no injerencia de los poderes públicos. Esta caracterización que se acepta como un principio inamovible es en realidad relativa. Los derechos civiles y políticos no solo son derechos negativos de no intromisión, al contrario, su realización exige en muchas ocasiones de prestaciones que acarrearán un coste nada desdeñable⁸⁴⁷. En la práctica, “es difícil pensar en un solo derecho cuya plena satisfacción [...] no requiera alguna forma de acción institucional o el cumplimiento de obligaciones positivas por parte del Estado”, como mínimo deberán asentar las condiciones idóneas para su ejercicio⁸⁴⁸. Es suficiente pensar, por ejemplo, en la infraestructura que requiere el ejercicio del derecho al sufragio o los costes que implican la protección del derecho a la tutela judicial efectiva. Es más, incluso “el derecho a la propiedad [...] no solo encierra como pretende la imagen liberal clásica la ausencia de interferencias arbitrarias”; al contrario, incluye “un sinnúmero de

⁸⁴⁵ Cfr. R. ALEXY *Op. cit.*, pp. 482,483

⁸⁴⁶ Cfr. R. ALEXY *Op. cit.*, pp. 482

⁸⁴⁷ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS. “*Los derechos sociales como derechos exigibles*” Ed. Trotta 2002 pp.23

⁸⁴⁸ M.J AÑON ROIG *Op. cit.*, pp. 62

prestaciones públicas, con frecuencia costosas”⁸⁴⁹. Llegados a este punto se puede afirmar que todos los derechos fundamentales, ya sean civiles, políticos o sociales, entrañan “una cierta dimensión distributiva”⁸⁵⁰, lo que los convierte en “derechos prestacionales en algún sentido”⁸⁵¹.

En sentido contrario, los derechos sociales no se agotan en su carácter prestacional, al igual que los derechos civiles y políticos también comportan una esfera de no intromisión. Ejemplos de ello, pueden observarse en el derecho a la libre sindicación o el derecho de huelga, del mismo modo que el derecho a la educación o el derecho a la protección salud contienen una importante dimensión de libertad. En todos ellos, además de su carácter prestacional, se incluyen deberes de abstención. Así las cosas, lo que está en realidad en juego “no es como garantizar los derechos más caros, sino decidir cómo y con qué prioridades se asignan los recursos que la satisfacción de todos los derechos exige”⁸⁵².

En términos de elección, la misma disyuntiva puede observarse cuando se trata de decidir entre dos valores antinómicos, la igualdad y la libertad. Con esto se hace referencia a la tesis según la cual los derechos fundamentales sociales y los derechos clásicos de libertad son recíprocamente incompatibles. Unos y otros responden a dos paradigmas político-ideológicos distintos que divergen en el diferente énfasis otorgado al valor de la libertad y la igualdad⁸⁵³. En este estado de cosas, se contraponen de forma innecesaria, de un lado, derechos civiles y políticos y, de otro, los derechos sociales en función de los valores que se asociación a los mismos, de modo que los primeros presentan una fuerte vinculación con la salvaguardia de la dignidad humana y con las garantías de la libertad, seguridad y del pluralismo y los segundos poseen un grado menor de afectación de la dignidad humana y estarían vinculados a la igualdad. Ante esta disyuntiva, habría que optar entre los derechos civiles y políticos y colocar “en un segundo nivel de satisfacción de la

⁸⁴⁹ Cfr. G. PISARELLO *Op. cit.*, pp. 60

⁸⁵⁰ Cfr. G. PISARELLO *Op. cit.*, pp. 63

⁸⁵¹ Cfr. M.J AÑON ROIG *Op. cit.*, pp. 62

⁸⁵² Cfr. G. PISARELLO *Op. cit.*, pp. 61

⁸⁵³ M.J AÑON ROIG *Op. cit.*, pp.127

igualdad” o bien, estar “con los derechos sociales, y es la garantía de las libertades, de la seguridad y del pluralismo la que resulta relegada”⁸⁵⁴. Crear esta tesitura, sin embargo, no es necesario siendo plausible una lectura diversa. Todos los derechos están inescindiblemente vinculados con la dignidad humana, porque su razón de ser es en primera y última instancia salvaguardar la misma, tema distinto es que unos u otros lo estén en mayor o menor grado en función del bien que protegen. En definitiva, lo que termina por convertir en fundamental un derecho [...] “es su estructura igualitaria, esto es el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o inclusivos, y por ello, indisponibles e inalienables”⁸⁵⁵. Que su realización y garantía pueda ser inmediata o progresiva no afecta a su carácter de fundamental.

El problema radica en que, en el momento que junto a los derechos de libertad se reconocen los derechos sociales como derechos fundamentales, las libertades, entendidas estas como los derechos que garantizan unas posiciones frente al Estado e impiden cualquier interferencia por parte del mismo, ven amenazado su ámbito de no intromisión por unos derechos de igualdad que precisamente requieren de una intervención de los poderes públicos para su realización y garantía. Desde esta perspectiva, se trata de “derechos incompatibles entre sí, es decir, derechos cuya protección no puede ser atribuida sin restringir o suprimir la protección de otros”⁸⁵⁶. Se trata, en definitiva, de derechos que, intentados garantizar en su conjunto se encuentran, en una pugna constante que dificulta la idea de una sociedad libre y justa a la vez en la que se realicen global y contemporáneamente los de derechos de libertad y los derechos sociales⁸⁵⁷.

Esto no impide que exista una estrecha conexión entre el principio de libertad y el de igualdad. De tal modo que “al momento de la libertad personal o negativa corresponde el momento de la igualdad jurídica, [...] al momento de la libertad política corresponde el de la igualdad política” y en

⁸⁵⁴ Cfr. G.PISARELLO. *Op. Cit* pp 37

⁸⁵⁵ Cfr. G.PISARELLO. *Op. cit.*, pp 38

⁸⁵⁶ Cfr. N. BOBBIO *Op. Cit* pp. 80

⁸⁵⁷ N. BOBBIO *Op.Cit.*., pp 81

última instancia, “al momento de la libertad positiva, o libertad como poder, corresponde el momento de la igualdad social, llamada de otro modo igualdad [...] de las oportunidades”. Su exigencia “significa cabalmente exigir que a todos los ciudadanos les sea atribuida no solamente la libertad negativa o política, sino también la positiva que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales”⁸⁵⁸.

Los derechos sociales son derechos de igualdad, en particular, de una igualdad material. Esto no implica que se trate de una relación exclusiva y excluyente. Igualdad formal e igualdad material son dos dimensiones de un principio que se encuentran, en todo caso, estrechamente relacionadas⁸⁵⁹. La igualdad constitucionalmente reconocida se basa en “el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales –políticos, civiles, de libertad y sociales- y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad”. Ello requiere de un modelo jurídico que no solo respete una igualdad formal abstracta sino aquel que tenga en cuenta las desigualdades existentes tomando como criterio una igual “valoración jurídica de las diferencias”⁸⁶⁰. El principio de igualdad material conectado al desarrollo del Estado social se asocia precisamente “a la prescripción de equiparación y equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales”. En este sentido, “se identifica con el mandato genérico de que los sujetos sean hechos tan iguales como sea posible en sus condiciones materiales de vida”⁸⁶¹. La igualdad material a diferencia de la igualdad formal, debe tomar en consideración las desigualdades de hecho al fin de corregirlas en la medida de lo posible. Esta función correctora de las diferencias posibilita, en la práctica, que la igualdad formal sea tal. En este sentido, se podría decir que la igualdad material actúa “como criterio interpretativo básico para «medir» el grado de efectividad de la igualdad formal”⁸⁶².

⁸⁵⁸ Cfr. N. BOBBIO *Op. Cit.*, pp 49

⁸⁵⁹ M.J AÑON ROIG *Op. cit.*, pp. 67

⁸⁶⁰ Cfr. Liugi Ferrajoli “*Derechos y garantías. La ley del más débil*” Ed.Trotta Madrid 2002. pp 75

⁸⁶¹ Cfr. M.J AÑON ROIG *Op. cit.*, pp. 66

⁸⁶² M.J AÑON ROIG *Op. Cit.*, pp. 124

La igualdad como valor asociado a los derechos sociales no impide que estos incluyan igualmente libertades. El principal argumento para una defensa de los derechos fundamentales es precisamente un argumento de libertad⁸⁶³. En este sentido, la libertad jurídica consagrada constitucionalmente sin la libertad fáctica o real para poder elegir, “carece de todo valor”. Esta conclusión adquiere mayor significación dentro de las sociedades actuales, en las cuales las limitaciones para acceder a los recursos por medios personales, hace depender la libertad fáctica esencialmente de actividades estatales. En un plano práctico se podría decir que es “en la intersección entre las exigencias que derivan de un principio de libertad real o fáctica y un principio de igualdad material, [...] donde podemos captar el valor y alcance de los derechos sociales”⁸⁶⁴.

La cuestión se dirige entonces a si la libertad que los derechos fundamentales aseguran incluye también a la libertad fáctica. Una defensa de la iusfundamentalidad de la libertad fáctica encuentra su justificación en el hecho de que a través de los derechos fundamentales se protege todo aquello que se considera esencial para la protección y el desarrollo de la dignidad humana. La valoración de aquello que es fundamental esta inexorablemente vinculada a la situación en que cada uno se encuentra, de tal modo que, por muy importante que sea el aseguramiento de las libertades jurídicas, a aquellos que se encuentran en situaciones deficitarias, de poco o de nada le sirven; al contrario, se trataría de “fórmulas vacías”⁸⁶⁵. De esto se deduce que “la libertad fáctica es iusfundamentalmente relevante” pero “no sólo bajo el aspecto formal del aseguramiento de cosas especialmente importantes, sino también bajo aspectos materiales”⁸⁶⁶. De otro modo un aseguramiento formal de la libertad fáctica quedaría igualmente vacío y el libre desarrollo de la personalidad humana no tendría cabida. En este estado de cosas se podría considerar que “la creación de la libertad fáctica ha sido intencionada por la Constitución, sin llegar por ello a admitir la existencia de derechos

⁸⁶³ R. ALEX Y *Op. Cit* pp 486

⁸⁶⁴ Cfr. M.J AÑON ROIG *Op. cit.*, pp. 124

⁸⁶⁵ R. ALEX Y *Op. Cit* pp. 488 .*Apud.*, E.W. BÖCKENFÖRDE. “*Staat*”, *Gesellschaft*, pp. 77

⁸⁶⁶ Cfr. R. ALEX Y *Op. Cit* pp. 489

fundamentales sociales”. A este respecto bastaría, con “suponer una división de tareas entre los derechos fundamentales y el proceso político”, en virtud del cual a los primeros les correspondería preocuparse por la libertad jurídica “y al segundo por la libertad fáctica”⁸⁶⁷.

Una defensa de los derechos sociales en este sentido no está libre de críticas. En su contra, se suele argumentar que los derechos sociales no son derechos “justiciables o lo son en una medida reducida”⁸⁶⁸. El argumento esgrimido hace referencia a la dificultad que estos presentan a la hora de determinar y delimitar su objeto, característica que no es exclusiva de los derechos sociales. La vaguedad y ambigüedad, tanto en el contenido como en la titularidad, son características que acompañan a la formulación de los derechos fundamentales. Por ello, “la justiciabilidad deficiente tiene que hacer valer algo más fuera de la imprecisión semántica y estructural de los derechos sociales”⁸⁶⁹. A estos efectos, desde una perspectiva formal, se argumenta que si los derechos sociales son derechos vinculantes, la consecuencia sería un desplazamiento de la política social desde la competencia del Estado al Tribunal Constitucional, lo que implicaría “que la política presupuestaría estaría determinada, en partes esenciales, por el derecho constitucional”⁸⁷⁰. Ante esto, la única posibilidad sería una defensa en el sentido de que los derechos sociales no son normas, vinculantes lo que conduciría, sin embargo, a una violación de la cláusulas constitucionales que vinculan a los poderes públicos⁸⁷¹. Son estos los que deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su participación en la vida política, económica, cultural o social⁸⁷². Más allá de esta vinculación, “la estructura dogmática de los derechos sociales no adolece de

⁸⁶⁷ Cfr. R. ALEXY *Op. Cit.*, pp. 488

⁸⁶⁸ Cfr. R. ALEXY *Op. Cit.*, pp. 490

⁸⁶⁹ Cfr. R. ALEXY *Op. Cit.*, pp. 490

⁸⁷⁰ Cfr. R. ALEXY *Op. Cit.*, pp. 490, 491

⁸⁷¹ Art 53CE

⁸⁷² Art. 9.2 CE

una especie de inexistente alergia a su defensa jurídica”⁸⁷³, al contrario, no hay nada en su estructura que impida considerarlos auténticos derechos⁸⁷⁴. La tesis de la no justiciabilidad de los derechos fundamentales sociales encuentra además sus límites en el sentido de que en ningún modo “un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante”. A estos efectos, el espectro de posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución [...], hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”⁸⁷⁵.

Como se mencionó al principio, no es posible abordar la problemática de los derechos sociales como una cuestión de todo o no. La vía plausible para su defensa más allá de su reconocimiento formal, ya sea este por formulación expresa o a través de una adscripción interpretativa, debe ser capaz de ponderar todos los principios que están en juego. En este sentido, junto a la libertad fáctica habrá de ponderarse los principios materiales que principalmente se refieren a la libertad jurídica de otros, pero también respecto a otros derechos fundamentales sociales y a bienes colectivos⁸⁷⁶. En lo referente a los principios formales de competencia, habrá de tenerse en cuenta que “la fuerza del principio de la competencia presupuestaria [...] no es un principio absoluto” al contrario “todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador”⁸⁷⁷.

La objeción que puede plantearse frente a todo modelo de ponderación es que en estos “lo debido *prima facie* es más de lo definitivamente debido” y, en este sentido, pensar que esta construcción no es aceptable para los derechos sociales. A este respecto hay que tener en cuenta que cuando se parte de un derecho subjetivo vinculante *prima facie*, el derecho no pierde su naturaleza obligatoria; es decir, su validez normativa no depende del menor a mayor grado de sus posibilidades de realización. En realidad, el

⁸⁷³ Cfr. Luis JIMENA QUESADA “La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa” Derechos sociales y principios rectores IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. Pp135

⁸⁷⁴ En este sentido V. ABRAMOVICH y CH COURTIS. *Op. cit.*, pp. 20

⁸⁷⁵ Cfr. R.ALEXY *Op. cit.*, pp. 496,497

⁸⁷⁶ R.ALEXY *Op. cit.*, pp. 494

⁸⁷⁷ Cfr. R.ALEXY *Op. cit.*, pp. 495

carácter *prima facie* del derecho hace referencia “a la reserva de lo posible” es decir, “aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad”⁸⁷⁸ y para ello es necesario llevar a cabo una ponderación de los principios en juego. En cada caso concreto, el derecho *prima facie* otorgará un derecho definitivo cuando “el principio de la libertad fáctica tenga un peso mayor que los principios formales y materiales opuestos tomados en su conjunto”⁸⁷⁹.

El modelo de ponderación también es válido en relación a las obligaciones objetivas de Estado. En este sentido, ofrece, a través de la teoría de los principios, una base para la determinación del contenido correcto de lo objetivo. Esto es posible “porque a los derechos *prima facie* corresponden deberes *prima facie*”. El Estado debe procurar que a las libertades jurídicas de los titulares de los derechos fundamentales le correspondan las libertades fácticas. Los deberes *prima facie* pueden contemplar un contenido muy amplio; sin embargo, esto no afecta a su naturaleza de deberes vinculantes. La diferencia entre los deberes *prima facie* y los deberes jurídicamente no vinculantes radica en que los primeros pueden ser establecidos a través de ponderaciones y, en el caso de no existir ninguna razón para su no cumplimiento, pueden conducir a un deber definitivo; en cambio, un deber no vinculante nunca llegará a ser exigible. Así las cosas, no todo lo que exige un deber *prima facie* es exigible pero sí lo es aquello que queda como deber definitivo una vez ponderados los deberes *prima facie* opuestos⁸⁸⁰.

Junto a los principios materiales, formales y de competencia, el principio de irreversibilidad de los derechos sociales adquiere especial relevancia, principalmente, en los contextos de crisis económica que son los que caracterizan los tiempos presentes. Su naturaleza esencialmente prestacional hace que se perciban como los candidatos idóneos para las restricciones. El resultado no es otro que un efecto rebaja, que los afecta especialmente.

⁸⁷⁸ Cfr. R.ALEXY. *Op. cit.*, pp. 497,498

⁸⁷⁹ Cfr. R.ALEXY. *Op. cit.*, pp. 499

⁸⁸⁰ Cfr. R.ALEXY. *Op. cit.*, pp. 500,501

En este estado de cosas, cuando se habla de reversibilidad o regresividad de los derechos sociales, se hace referencia a una posible reducción del nivel prestacional establecido en la normativa de desarrollo constitucional⁸⁸¹. En sentido contrario, “la irreversibilidad (o no regresión) será la cualidad del derecho (o de ciertas facultades del mismo) que lo hace «no reversible», esto es, sin vuelta atrás, en cuanto a menor contenido o facultades y por tanto resistente a posibles medidas públicas regresivas, que no pueden afectarlo jurídicamente”⁸⁸².

La obligación de no regresividad de los derechos sociales puede observarse de forma nítida en el ámbito internacional. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina a este respecto que “cualquier medida deliberadamente regresiva [...] deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se dispone”⁸⁸³.

La teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales ha tenido igualmente su desarrollo en el derecho constitucional europeo “como un corolario lógico de la idea misma de la fuerza normativa de la Constitución y del contenido mínimo esencial de los derechos en ella reconocidos”⁸⁸⁴. La remisión constitucional del desarrollo de los derechos sociales no significa que se inviertan los términos de la relación entre normas. En ese sentido, “los derechos sociales constitucionales sólo pueden ser regulados y precisados por medio de leyes que encuentran su fundamento en su adecuación a la Constitución”⁸⁸⁵. Estos, una vez instaurados, “introducen un núcleo esencial, intangible, de necesidades básicas que el legislador no puede modificar en un sentido regresivo”⁸⁸⁶.

⁸⁸¹ Miguel Ángel GARCIA HERRERA. “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”. Revista de Derecho Político núm. 58-59. UNED 2003-2004. Pp292

⁸⁸² Cfr. Juli PONCE SOLÉ. “El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos” Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid 2013. *Op. cit.*, pp. 24

⁸⁸³ CDESC Observación General número 3 de 1990

⁸⁸⁴ Cfr. G. PISARELLO *Op. cit.*, pp. 62-63

⁸⁸⁵ Cfr. M.A GARCIA HERRERA *Op. cit.*, pp. 295

⁸⁸⁶ Cfr. G. PISARELLO *Op. cit.*, pp. 63

Más allá de este núcleo indisponible, la libertad del legislador sigue siendo limitada ya que «la simple supresión, sin razón alguna o fundamento suficiente», de las conquistas sociales alcanzadas sería igualmente inconstitucional⁸⁸⁷. El legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad para modificar, restringir o derogar prestaciones sociales configuradas al amparo de los derechos sociales constitucionales pero, en ningún caso, goza de una discrecionalidad ilimitada. Frente a cualquier alteración del contenido reconocido y tutelado por los derechos sociales será exigible una razón suficiente y una actuación no arbitraria, ni discriminatoria ni desproporcionada⁸⁸⁸.

La regresividad que vienen soportando los derechos sociales responde, en demasiadas ocasiones, a las distintas valoraciones políticas y económicas de las mayorías de turno, convirtiendo a los derechos sociales en moneda de cambio según sus intereses propagandísticos. Sin lugar a dudas, los derechos sociales requieren de importantes partidas económicas; pero esto no significa que el ejercicio de ponderación deba quedar exclusivamente limitado a la dependencia de los recursos económicos, al contrario, deberá “tomar en consideración el equilibrio que debe producirse entre los distintos contenidos constitucionales”⁸⁸⁹.

A pesar de esto, el ritmo de los acontecimientos confirma una tendencia a la baja respecto al contenido y el acceso a las prestaciones “más próximos a la primacía del mercado que a la realización del modelo del Estado Social”⁸⁹⁰. En este sentido, no solo se minimiza el nivel prestacional sino que se limita el abanico de posibles titulares. Las políticas sociales actuales se caracterizan así, “entre otros aspectos, por su carácter limitado y excluyente tanto desde el punto de vista espacial como de los sujetos concernidos por ellas”⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”. *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I. *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2008. Pp 381

⁸⁸⁸ En este sentido Marcos VAQUER CABALLERÍA. “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad” En Instituto de Derecho Público, *Anuario de las CCAA 2011 IDP*. Barcelona, 2012. Pp 85

⁸⁸⁹ Cfr. M.A GARCIA HERRERA *Op. cit.*, pp. 295

⁸⁹⁰ Cfr. M.A GARCIA HERRERA *Op. cit.*, pp 294

⁸⁹¹ Cfr. G. PISARELLO *Op. cit.*, pp. 30

Así las cosas, se cierra el círculo cada más en el disfrute de los derechos sociales. La universalidad de los derechos clásicos de libertad no es predicable de los derechos sociales. Entre los derechos de libertad y los derechos sociales “existen diferencias entre individuos, o, mejor, entre grupos de individuos, que son siempre, e intrínsecamente, relevantes”⁸⁹². Ahora bien, si el objeto y el fundamento de los derechos sociales es satisfacer ciertos intereses vitales y necesidades básicas de los sujetos que se encuentran en determinadas situaciones sociales, el hecho de que resulten derechos específicos para distintos grupos no significa que no rija el imperativo de atender a todos los sujetos que se encuentren en la misma situación⁸⁹³. A este respecto es evidente que no todo lo deseable es realizable, máxime cuando el disfrute de los derechos sociales prestacionales requiere de unas condiciones objetivas; sin embargo, hay ciertos derechos sociales como el derecho a la educación o el derecho a la salud que forman parte de las estructuras básicas que subyacen a la idea de persona⁸⁹⁴ y de los cuales no es predicable ni su vuelta atrás ni la exclusión de la titularidad.

4. El alcance de los derechos sociales en la Constitución española.

Determinar el alcance constitucional de la proclamación de España como un Estado social y democrático de Derecho, en virtud de la cual se propugnan como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político puede resultar una tarea ardua, principalmente si de lo que se trata es de delimitar la naturaleza constitucional de los derechos sociales. El recorrido hacia su delimitación mostrara “el memorial de las incongruentes tomas de posición de una Constitución que parece diseñada para reconocer derechos sociales y al tiempo desactivarlos”⁸⁹⁵. No es casual que, en este estado de cosas, el texto constitucional no incluya una rúbrica específica

⁸⁹² Cfr. N.BOBbio *Op. cit.*, pp 117

⁸⁹³ En este sentido M.J AÑON ROIG *Op. cit.*, pp. 63-65

⁸⁹⁴ José Luis CASCAJO CASTRO. “Derechos Sociales” En, *Derechos sociales y principios rectores IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. Pp 34

⁸⁹⁵ Cfr. Miguel REVENGA SÁNCHEZ. “*Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)*” *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Madrid, 2009. Núm. 2. Pp 98

dedicada a los derechos sociales y opte por incluirlos dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución, denominado, “De los principios rectores de la política social y económica” instituyendo *prima facie* una diferenciación entre estos y los derechos contenidos en el Capítulo II del mismo título. No obstante, al margen de esta divisoria y no siendo el nombre de las cosas lo que realmente importa⁸⁹⁶, el Título I está dedicado en su conjunto a los derechos y deberes fundamentales. A lo largo de sus tres Capítulos, dentro del segundo se diferencian los derechos fundamentales y las libertades públicas en la sección primera, dedicando la segunda a los derechos y deberes de los ciudadanos y en última instancia, dentro de la sección tercera, los principios rectores de la política social y económica. La diferenciación establecida supone, en definitiva, un reconocimiento sesgado de los derechos sociales, que “reproduce en términos dogmáticos la presunta emergencia histórica sucesiva o «por oleadas», de unas generaciones de derechos que parecieran describir una parábola descendente en cuanto a su «fundamentalidad» o régimen de garantías”⁸⁹⁷. En cualquier caso, bajo la rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”, encontramos que, junto a los derechos, se entremezclan principios y valores que no siempre quedan perfectamente comprendidos y delimitados bajo las líneas divisorias trazadas constitucionalmente. Podría decirse que la Constitución no responde a un sistema de positivización único que permita delimitar sin mayor problema el conjunto de los derechos fundamentales aunque la idea de partida es que solo son fundamentales los derechos comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del mencionado Título, con inclusión del artículo 14 y con la dispensa del recurso de amparo para la objeción de conciencia del artículo 30, quedando, por tanto, excluidos de ser calificados como derechos fundamentales, tanto los de la Sección Segunda del Capítulo Segundo, siendo estos designados como derechos constitucionales, como los derechos sociales del Capítulo Tercero.

De la inclusión en una u otra sección se deriva el disfrute de un determinado sistema de garantías. En este sentido, la Constitución dispensa en

⁸⁹⁶ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ *Op. cit.*, pp. 99

⁸⁹⁷ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ *Op. cit.*, pp. 99

su artículo 53 un nivel de protección superior a los derechos y libertades reconocidos dentro del Capítulo segundo, a lo que añade un sistema reforzado para los comprendidos en la Sección Primera, frente a un nivel inferior de protección que dispensa para los comprendidos en el Capítulo tercero⁸⁹⁸. En este estado de cosas, podría pensarse que es la diferenciación derechos-principios la razón que lleva al constituyente a “separar lo exigible y garantizado”, de aquello que según su literal solo tiene “valor meramente *informador* de la legislación “positiva””; sin embargo, en una y otra de las distintas sedes *materiae* elegidas por el artículo 53 para escindir los niveles de protección, hay tanto derechos como principios”⁸⁹⁹.

En la práctica, esto no es más que el reflejo de la problemática que acompaña constantemente a los derechos sociales que, no es otra que la determinación de los mismos como auténticos derechos subjetivos y, por ende, su justiciabilidad. A mayor profundidad, esta problemática se ve incrementada por el trasfondo que subyace a los derechos sociales y que mucho o todo tiene que ver con la concepción que se tenga de la democracia y de la justicia. En este sentido, los derechos sociales terminan por ser un elemento separador de aquellos que defienden un determinado modelo de Estado social democrático basado en la interdependencia e igual valor de los derechos fundamentales, frente a aquellos otros que propugnan un estatuto diferenciado y devaluado de los derechos sociales. De ahí que tanto las tesis sobre su defensa como las de sus detractores sean en definitiva “ideología barnizada de dogmática”⁹⁰⁰.

A pesar de ello, la Constitución contiene derechos sociales jurídicamente exigibles y no sólo aquellos de los que es predicable en función de su ubicación en la sistemática constitucional, además de estos, es posible alegar pretensiones ligadas a los principios rectores como posiciones subjetivas que están conectadas a otros derechos fundamentales exigibles. En

⁸⁹⁸ Art 53 CE

⁸⁹⁹ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ. *Op. cit.*, pp 100. El autor hace referencia, entre otros, al derecho a la educación como “típico derecho-programa de actuación en el que se amalgaman derechos y principios”.

⁹⁰⁰ Cfr. María José AÑON. “*Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada*” Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregoria Peces BARBA, Madrid Dykinson 2008 Vol. III. Pp21 y sgs.

este sentido, las justificaciones sobre las dificultades que entrañan los derechos sociales quedan desvirtuadas desde el mismo momento que la Sección primera del Capítulo segundo reconoce como derechos fundamentales, derechos sociales como los de sindicación y huelga o el derecho a la educación.

La idea del carácter programático de todos los preceptos contenidos en el Capítulo III ha sido ampliamente superada. En este sentido, en varios pronunciamientos del Tribunal Supremo se observa una postura nítida en torno a la vinculación jurídica de los mandatos contenidos bajo la rúbrica de los principios rectores de la política social y económica⁹⁰¹. El Tribunal Constitucional ha señalado igualmente, en alguna ocasión, que “al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 CE”⁹⁰². Así las cosas, la fórmula de protección atenuada contenida en el apartado tercero del art. 53 “parece dirigida a poner coto a aquello que, por la naturaleza de las cosas, parece difícilmente limitable”⁹⁰³. En el Capítulo tercero no solo hay principios rectores, sino que también se incluyen “genuinos derechos, garantías institucionales y una identificación recurrente de grupos merecedores de especial atención”⁹⁰⁴.

A estos efectos es importante tener en cuenta el principio de vinculación a la Constitución que con carácter general se determina en el artículo 9.1 de la Carta Magna. Entender que la fuerza normativa de la Constitución solo se proclama en relación a alguna de sus partes o contenidos “no es más que refugiarse en la fácil coartada que supone una lectura simplista

⁹⁰¹ STS de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986/4396) en relación al art. 49CE el Tribunal recuerda que “el mandato de este artículo pese a estar incluido bajo la rúbrica “de los principios rectores de la política social y económica” no es una norma meramente programática, que limite su eficacia al campo de la retórica política o de la estéril semántica de una declaración demagógica [...] De manera que este artículo 49 como los demás de esa misma rúbrica, como la totalidad de los que integran la Constitución tienen valor normativo y vinculan a los poderes públicos, cada uno en su respectiva esfera, a hacerlos eficazmente operativos”. En la misma línea STS de 16 de junio de 1998 8RJ 1998/6149) en relación al art. 47 o la STS de 18 de Febrero de 2002 (RJ 2002/4826) sobre el mismo precepto.

⁹⁰² STC 14/1992 de 10 de febrero FJ 11

⁹⁰³ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ. *Op. cit.*, pp 101

⁹⁰⁴ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ *Op. cit.*, pp 103

del art.53.3 CE⁹⁰⁵. Una lectura actualizada de los contenidos del Capítulo tercero, en sus diversas manifestaciones, que tome en consideración el desarrollo normativo habido desde el momento constituyente hasta nuestros días, nos muestra que la línea de separación que distancia los derechos sociales “de los genuinos derechos fundamentales se hace bastante más tenue”⁹⁰⁶. Del mismo modo que existe determinaciones constitucionales insalvables, como sucede con el recurso de amparo y los derechos susceptibles de su tutela, existen también otras para las que la fuerza normativa constitucional no ha hecho más que empezar. En este sentido, han sido los desarrollos normativos los que “han ido moldeando un régimen jurídico que seguramente está hecho, como cualquier otro, de luces y de sombras, pero al que no podemos acercarnos con la claudicante impresión de que es un ámbito ajeno a la fuerza normativa de la Constitución y al sistema de valores y formulas políticas que le dan fundamento”⁹⁰⁷.

Este entendimiento será determinante para dotar de mayor consistencia constitucional a aquellos derechos sociales fundamentales que han quedado *prima facie* relegados a un reconocimiento atenuado para devolverles al fin al lugar que les corresponde como derechos fundamentales plenamente exigibles.

4.1. La salud como bien negociable.

El derecho a la protección de la salud se encuentra consagrado en la Constitución Española dentro del Capítulo III, entre los principios rectores de la política social y económica, concretamente en el artículo 43 y no ubicado junto a los derechos fundamentales y las libertades públicas del Capítulo II, lugar que como derecho fundamental le corresponde. Con independencia de la ubicación, el derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental, su conexión con otros derechos fundamentales así lo acredita. En este sentido, no es posible proteger el derecho a la salud sin relacionarlo con otro conjunto de derechos que gozan del carácter de derechos fundamentales, como el derecho

⁹⁰⁵ Cfr. J.L. CASCAJO CASTRO *Op. cit.*, pp 26

⁹⁰⁶ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ *Op. cit.*, pp 103

⁹⁰⁷ Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ *Op. cit.*, pp 103

a la vida, a la integridad física y el respeto a la dignidad humana. Existen derechos fundamentales que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, “les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales [...], de forma que, si los primeros no fueron protegidos en forma inmediata, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”⁹⁰⁸.

Probablemente, nadie dudaría de la importancia del derecho a que su salud sea protegida. Incluso aquellos más reacios a una protección institucionalizada de los derechos sociales, coincidirían en considerar a la salud como un derecho humano fundamental e indispensable para el desarrollo de su personalidad. El problema es otro. La protección de la salud requiere de grandes partidas económicas y en momentos de crisis, como cualquier otro derecho de carácter social, la salud termina por convertirse en un bien negociable a la baja.

Su ubicación en el Capítulo III implica su exclusión de los derechos susceptibles del recurso de amparo constitucional y deja aparentemente su garantía a lo establecido en el art. 53.3 CE⁹⁰⁹. Esta tesis, sin embargo, ha sido ampliamente superada. Una interpretación literal del precepto hace referencia exclusivamente a los principios y, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, no todo el contenido del Capítulo III está conformado por principios; junto a ellos, se reconocen derechos que habrán de ser, en todo caso, interpretados por imperativo constitucional, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados en la materia. El derecho a la protección de la salud cuenta además con un importante desarrollo legislativo, “en el cual se reconocen numerosas facultades subjetivas, prestacionales y defensivas”⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Cfr. Oscar PARRA VERA “El contenido esencial del derecho a la salud” En, Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Chistian Courtis Recopilación. Pp 75

⁹⁰⁹ Art. 53.3.CE “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁹¹⁰ Cfr. Guillermo ESCOBAR ROCA “Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales” En, Derechos sociales y principios rectores IX

Cuestión distinta es que el Tribunal Constitucional solo podrá abordar el derecho a la salud indirectamente, principalmente por omisión o por defecto.

La Constitución no regula el derecho a la salud en sí mismo sino el derecho a que los poderes públicos adopten las medidas necesarias para su protección. Por ello, el derecho a la protección de la salud se concreta en el derecho subjetivo a la asistencia sanitaria. De esta interpretación no cabe inferir que el derecho a la salud, quede fuera del alcance constitucional; al contrario, constituye su principal objeto y se encuentra en íntima conexión con el derecho a la vida y a la integridad física de la persona. El derecho a la salud no se agota además en el derecho a estar sano; también tiene una dimensión más profunda que entraña una serie de libertades y derechos. La organización y la tutela de la salud pública es competencia del Estado⁹¹¹, por tanto, la realización efectiva de un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud depende de los poderes públicos.

Con mayor acierto que en la ubicación, la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud con un alcance general. Desde esta vocación de universalidad hay que enfocar el derecho a la protección de la salud reconocido constitucionalmente para verificar la idoneidad de la legislación española en el manejo de la titularidad de derecho a la protección de la salud.

La complejidad de articular un sistema de protección de la salud no es un tema nuevo. En su momento, la Ley general de Sanidad ya ponía de manifiesto algo plenamente vigente en nuestros días, el hecho de “que las respuestas públicas al reto que en cada momento ha supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin conseguir nunca alcanzarlas, de manera que se ha

Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. pp 567

⁹¹¹ Art. 43.2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio

convertido en una constante entre nosotros la inadaptación de las estructuras sanitarias a las necesidades de cada época”⁹¹².

En este contexto, la Ley General de Sanidad nace con el objetivo de reformar el sistema sanitario en España. La reforma prevé la creación de un Sistema Nacional de Salud con el fin de dar cumplimiento al requerimiento constitucional que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, derecho que, para ser efectivo, requiere de los poderes públicos la adopción de las medidas idóneas para satisfacerlo. La vía para su obtención pasa al mismo tiempo por la institucionalización de la organización sanitaria en las Comunidades autónomas que, conforme al Título VIII, CE tienen reconocidas amplias competencias en materia de Sanidad.

En cuanto a la titularidad del derecho, la Ley General de la Salud limitaba inicialmente su reconocimiento. A estos efectos, reconocía como titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y a los ciudadanos extranjeros que tuvieran establecida su residencia dentro del territorio nacional⁹¹³. De este modelo de atribución de la protección a la salud, “se desprendía inequívocamente que la titularidad del derecho no quedaba restringida por aplicación del criterio de nacionalidad”⁹¹⁴ siendo el parámetro de inclusión el criterio de la residencia. Fuera de estos casos, el acceso a los servicios sanitarios tendría lugar como pacientes privados⁹¹⁵. Este hecho ponía de manifiesto la inexistencia de un título jurídico único que permitiera el acceso de todos por igual a las prestaciones sanitarias, además de poner de relieve la disociación entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria⁹¹⁶.

⁹¹² Ley 14/1986 General de Sanidad, de 25 de abril.

⁹¹³ Art. 1.2 LGS

⁹¹⁴ Cfr. Manuel AZNAR LOPEZ. “Los derechos sociales de los extranjeros en España” En, Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001. Pp 151

⁹¹⁵ Art.16 LGS

⁹¹⁶ M. AZNAR LOPEZ. *Op. cit.*, pp.150. *Apud.*, M.I Ramos quintana “Derechos de los trabajadores extranjeros” En Revista Española de Derecho del Trabajo núm.86. 1997. Pp. 885-886

A pesar de esto, la Ley General de la Salud contemplaba la extensión progresiva de la asistencia sanitaria pública a toda la población española⁹¹⁷ y la posibilidad de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas sin recursos económicos, con cargo a transferencias estatales⁹¹⁸. En este último caso, la atribución se realiza sin distinción por razón de la nacionalidad, de lo cabe inferir que el ámbito subjetivo de aplicación abarcaría tanto a españoles como a extranjeros⁹¹⁹.

En el marco propiamente de extranjería, el Real Decreto de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 remitía el acceso a las prestaciones y servicios organizados para la protección de la salud a lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia⁹²⁰. Respecto a la posible titularidad del derecho a la asistencia sanitaria de aquellos extranjeros en situación de irregularidad, lo cierto es que con la salvedad de los menores extranjeros en situación de riesgo o bajo la guarda y tutela de la Administración, colectivo al que se le reconoce el derecho a la asistencia sanitaria independientemente de la situación en que se encuentren en España⁹²¹, el resto quedaba excluido del ámbito de titularidad.

La llegada de la Ley 4/2000 modificaría sustancialmente esta situación, al permitir a los extranjeros en situación irregular el acceso, bajo ciertos presupuestos, a la asistencia sanitaria y, por ende, al derecho a la protección de su salud. A estos efectos el art.12 de la LOEX reconoce a los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón municipal, el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, idéntico reconocimiento al que ya se venía dispensando a los extranjeros menores de dieciocho años. En ausencia de inscripción en el padrón el derecho a la asistencia sanitaria pública, se limita a supuestos de urgencia por enfermedades graves o accidentes. La ley regula otra excepción en relación a

⁹¹⁷ Art.3.2 en relación con la Disposición transitoria quinta. Tal extensión se estableció a través del Real Decreto 1088/1989 que ampliaba la prestación a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todos los españoles carentes de recursos económicos.

⁹¹⁸ Art 80 LGS

⁹¹⁹ En este sentido M. AZNAR LOPEZ. *Op. cit.*, pp. 151

⁹²⁰ Art. 9 RD 155/1996 de 2 de Febrero

⁹²¹ Art.10.3 LO de Protección Jurídica del Menor y art. 12 del Reglamento de extranjería

las extranjeras embarazadas, a las que se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto. El derecho a la asistencia sanitaria en estos términos permaneció indemne en las diversas reformas que ha padecido la ley. De las más relevantes, la operada por la LOEX 8/2000 que introdujo importantes recortes en el ámbito de la titularidad de alguno de los derechos reconocidos en la LOE 4/2000, dejó el derecho inalterado. Del mismo modo, la reforma de 2009, salvo alguna una variación gramatical, mantuvo en lo esencial el reconocimiento del derecho.

Este orden de cosas sería alterado con la aprobación del RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Entre las medidas adoptadas, se modifica el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión de calidad del Sistema Nacional de Salud y el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificando los requisitos de acceso a la asistencia sanitaria. De este modo se incluye la residencia legal en España como requisito de acceso y se excluye *de facto* de la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular, que solo podrán obtenerla “(...) mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (...)”⁹²², haciendo abstracción de si se trata de personas con o sin recursos económicos.

Con carácter excepcional, se establece que tendrán derecho a la prestación los extranjeros menores de dieciocho años. Para el resto la excepción regirá en casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, o en el supuesto de la asistencia al embarazo, parto y postparto.

Las causas alegadas para esta reforma hacen referencia, en síntesis, a la necesidad de optimizar los modelos asistenciales, de forma que “permitan reformar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión,

⁹²² Art. 3.5 RDL 16/2012, de 20 de abril

promover el ahorro y las economías de escala”⁹²³, fundamentando la decisión en una interpretación tergiversada de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas⁹²⁴. La exclusión de este colectivo, en estos términos, ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos de Canarias, Cataluña y Navarra, admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional y pendientes de resolución⁹²⁵.

En este contexto, algunas Comunidades Autónomas, como la de Euskadi y Navarra⁹²⁶, han reaccionado ampliando el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita, hecho que ha provocado la interposición de sendos recursos de inconstitucionalidad por parte del Gobierno frente a la normativa adoptada por ambas Comunidades y la suspensión de la vigencia y aplicación de las mismas⁹²⁷. A este respecto si habido oportunidad de contar con un pronunciamiento del Alto Tribunal⁹²⁸ que, aunque no entra en el contenido dado que este deberá ser analizado en el proceso de constitucionalidad de los preceptos impugnados, si pondera los

⁹²³ Exposición de Motivos RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

⁹²⁴ En este sentido, el Informe de 29 de marzo de 2012 de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social, en el cual se hace referencia al acceso de nacionales de terceros Estados a la asistencia sanitaria gratuita en España al amparo de la figura “persona sin recursos económicos suficientes”, por quienes no están realmente en esta situación. La indicación del Tribunal de Cuentas es la adopción de medidas para evitar este tipo de situaciones pero, nada dice sobre la exclusión de los extranjeros del derecho a la asistencia sanitaria en los términos propuestos por el legislativo.

⁹²⁵ Recursos número 4123-2012, 414-2013 y 433-2013 respectivamente.

⁹²⁶ Recursos de inconstitucionalidad (nº4540-2012 y 7089-2013) contra la normativa adoptada por la Comunidad autónoma de Euskadi (Decreto 114/2012 de 26 de junio) y de Navarra (Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero) respectivamente.

⁹²⁷ En virtud del art. 161.2 CE y art. 30 LOTC. En este sentido aclara el Tribunal que “*la admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad sólo suspende la aplicación del precepto legal impugnado si se trata de un recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación contra una Ley o norma con rango de Ley de una Comunidad Autónoma, y cuando en su demanda el Gobierno de la Nación hubiere solicitado expresamente la suspensión, con invocación del art. 161.2 CE, en cuyo caso se producirá la suspensión automática de la vigencia y aplicación del precepto legal recurrido, sobre cuyo alzamiento o mantenimiento habrá de pronunciarse el Tribunal dentro del plazo máximo de cinco meses, sin perjuicio de que pueda acordar el levantamiento anticipado de la suspensión, a solicitud de la Comunidad Autónoma afectada*” AATC FJ 2 N° de asunto :7089- 2013 ATC 88/2013, de 23 de abril.

⁹²⁸ ATC 239/2012, de 12 de diciembre de 2012 y ATC 88/2013, de 23 de abril de 2013, de la Comunidad Autónoma de Euskadi y Navarra respectivamente.

intereses en juego para mantener o levantar la suspensión de las normas impugnadas.

Así las cosas el Tribunal debe ponderar los perjuicios de imposible o difícil reparación que se derivarían del mantenimiento o del levantamiento de la suspensión. Las causas alegadas para mantener la suspensión de la normativa son esencialmente de índole económica, vinculadas al control del déficit público. En el lado opuesto, el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE.

La posición del Alto Tribunal no deja lugar a dudar, el 43 CE establece el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios⁹²⁹ para lo que recuerda la vinculación existente entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral⁹³⁰. El mantenimiento de la suspensión consagraría “la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias”; en particular, el colectivo de inmigrantes sin permiso de residencia, los cuales podrían ver notablemente afectada su salud. Así las cosas el Alto Tribunal entiende “que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”. Por esta razón, levanta la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita y mantiene la suspensión en lo relativo a las prestaciones farmacéuticas.

⁹²⁹ Art. 43.1 y 2 CE. STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6

⁹³⁰ En el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto *VO c. Francia* de 8 de julio de 2004)

La adopción del levantamiento de la suspensión en relación al ámbito subjetivo resulta bastante alentadora si se toma en consideración que aún está pendiente que el Tribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad de esta normativa. No menos importante es la contextualización que de forma indirecta reconoce el Tribunal situando la problemática en su contexto real. En este sentido, el supuesto exceso de la normativa autonómica se centra principalmente en dar cobertura al colectivo de inmigrantes en situación irregular, el cual se caracteriza por una situación económica precaria, con escasos o nulos recursos económicos. Se ha hablado mucho sobre las dificultades que deben afrontar los derechos sociales, principalmente, por su carácter prestacional, hecho que favorece indiscutiblemente que en contextos de crisis económicas sus garantías se vean disminuidas. En este estado de cosas, es evidente que su realización requiere de unas condiciones objetivas pero estas deben ser precisamente eso, «objetivas», en el sentido de reales. Cualquier regresión en el reconocimiento del derecho ha de estar plenamente justificada. Ello siempre y cuando se entienda que en el caso que nos ocupa, se trata de un supuesto de regresividad en el sentido de que la cobertura se mantiene en determinadas situaciones. En sentido diverso podría llegar a interpretarse como una eliminación del derecho; al menos, en la dimensión del derecho afectado. En este supuesto, la exclusión de este colectivo, en base a unas alegaciones de índole económica, no solo no ha podido ser concretado sino que además implica una serie de perjuicios difícilmente reparables, tanto para los destinatarios excluidos como para la salud pública. En la práctica, además, esta situación está provocando un desplazamiento de la asistencia primaria a los servicios de urgencias con su consiguiente colapso y la desvirtualización del objeto propio de este servicio.

Partiendo de estos antecedentes, todo apunta a que llegado el momento de resolver sobre los recursos presentados contra la exclusión de este colectivo, el Alto Tribunal atendiendo al mandato constitucional del art. 43 CE e interpretando el derecho de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados en la materia, declare la inconstitucionalidad de esta normativa.

Fuera del marco nacional, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la limitación del ámbito de aplicación personal de la legislación española en relación a la Carta Social Europea. En las Conclusiones del 29 de enero de 2014⁹³¹, se analiza la conformidad de la normativa interna con la CSE en referencia a la salud, seguridad social y protección social. A pesar de que el periodo de análisis de la normativa comprende del 2008 al 2011, se incluyeron las medidas adoptadas por el RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y, por tanto, la modificación de los requisitos de acceso a la asistencia sanitaria que incluye la residencia legal en España como requisito de acceso con exclusión del derecho a la asistencia sanitaria para los extranjeros en situación irregular.

Teniendo en cuenta que el periodo temporal de análisis comprendido en las Conclusiones del 29 de enero de 2014 deja la modificación efectuada fuera del ámbito temporal de enjuiciamiento, la emisión de una Conclusión tendrá lugar al siguiente análisis que verse sobre esta materia y que incluya el año en que se aprobó. Esto no es óbice para el Comité haya valorado las medidas adoptadas con la CSE.

En ese sentido, el Comité ya había sostenido en pronunciamientos anteriores, que "la legislación o la práctica que niega el derecho a la asistencia médica a los extranjeros, en el territorio de un Estado Parte, incluso si están allí ilegalmente, es contraria a la Carta"⁹³². En particular, su exclusión es contraria al apartado primero del art. 11 de la CSE. El Comité es contundente al señalar

⁹³¹ Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales correspondientes al Informe nº25 presentado por España para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011. Art.3,11,12,13,14 y 4 del Protocolo Adicional de 1998 respectivamente) En este periodo se analiza la conformidad de la normativa interna con la CSE en referencia a la salud, seguridad social y protección social, que incluyen el derecho a seguridad e higiene en el trabajo, derecho a la protección de la salud, derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia social y médica, derechos a los beneficios de los servicios sociales de la CSE y derecho a la protección social de las personas ancianas (Art.3,11,12,13,14 y 4 del Protocolo Adicional de 1998 respectivamente) El Comité dicta seis Conclusiones de no conformidad, cinco de ellas respecto a la CSE y una al Protocolo Adicional en relación al artículo 12 apartados 1 y 4, art. 13, apartado primero, art. 14, apartado primero y segundo y art 4 del Protocolo.

⁹³² Decisión de fondo del 8 de septiembre de 2004 (Reclamación nº14/2003)

que los Estados deben garantizar a todos los individuos el derecho de acceso a la atención sanitaria, en tanto, “la salud es un requisito previo para la preservación de la dignidad humana”⁹³³.

Frente a las argumentaciones presentadas para la adopción de estas medidas, principalmente de índole económica, la posición del CEDS es nítida, señalando que “la crisis económica no puede ser el pretexto para una privación del derecho a la atención sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho”⁹³⁴. No se puede negar un derecho “en el momento que la necesidad de protección se hace sentir más”⁹³⁵.

El derecho a la protección de la salud se encuentra en su art.11 de la Carta Social Europea, en virtud del cual se establece el compromiso de las Partes contratantes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho⁹³⁶. En relación al mismo, la Carta incluye otros derechos, como el derecho a la asistencia social y médica⁹³⁷ o el derecho a la Seguridad Social⁹³⁸. En este sentido, el reconocimiento no es tanto el problema como el cómo y a quienes se les garantiza estos derechos.

En las disposiciones de la Parte I de la Carta se enuncia como objetivo establecer las condiciones en que puedan hacerse efectivos determinados derechos y principios. Estas disposiciones “constituyen los principios fundamentales de la CSE y vinculan a los Estados en la medida en que éstos no pueden adoptar medidas legislativas o administrativas que les sean contrarias”⁹³⁹. A los efectos que aquí interesan, en las mismas, se dispone el derecho de toda persona “a beneficiarse de cuantas medidas le

⁹³³ Decisión de fondo del 8 de septiembre de 2004 (Reclamación nº14/2003) Decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación nº69/2011)

⁹³⁴ Conclusiones XX-2 (2013)

⁹³⁵ Conclusiones XIX-2 (2009)

⁹³⁶ Artículo 11 del pacto Parte II “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.

2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.

3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras”.

⁹³⁷ Art. 13 CSE

⁹³⁸ Art.12 CSE

⁹³⁹ Cfr. J. BONET PEREZ y D. BONDIA GARCIA. *Op. Cit.*, pp. 454

permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”. El alcance universal del derecho a la salud se extiende de igual modo al acceso a la asistencia sanitaria y médica cuando se carezca de recursos económicos suficientes⁹⁴⁰.

La intencionalidad de los objetivos perseguidos se ve en la práctica mermada en dos aspectos esenciales, uno relativo al alcance de los derechos y el otro, a la pretendida universalidad. Respecto al primero, es una característica esencial de la Carta el hecho “de que su alcance se ve condicionado por la inclusión en el propio instrumento jurídico de preceptos que limitan la eficacia de los objetivos que se pretenden obtener y, en consecuencia, restringe las obligaciones que asumen los Estados”⁹⁴¹. Esta circunstancia tiene su origen en la fórmula de ratificación parcial establecida en la Carta, en virtud de la cual, se limitan las obligaciones que los Estados parte están dispuestos a reconocer y garantizar⁹⁴².

En lo que a la titularidad concierne, la Carta restringe el ámbito de aplicación personal a los extranjeros nacionales de otros Estados parte que residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de otro Estado Parte. Esta previsión se establece de forma explícita en relación al derecho a la asistencia social y médica, en el apartado 4º del artículo 13, en el sentido de restringir la aplicación de las previsiones del artículo 13 a las personas nacionales de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio por remisión al Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, de 1953. Por tanto, con fundamento en el apartado 4. del art.13, los extranjeros en situación irregular, no pueden ser sujetos de protección⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Punto 13 Parte I de la Carta Social Europea

⁹⁴¹ Cfr. J. BONET PEREZ y D. BONDIA GARCIA. *Op. Cit.*, pp.451

⁹⁴² Este sistema obliga a un mínimo de cinco artículos de aquellos que conforman el núcleo duro de los derechos contemplados en la Carta a los que adicionalmente se añadirá un número de artículos o párrafos numerados de la Parte II hasta alcanzar un total de diez artículos o cuarenta y cinco párrafos numerados. Esto implica que la elección no solo afecta a los derechos en su conjunto, sino que permite elegir dentro de los mismos la adhesión o no a los párrafos que lo componen.

⁹⁴³ María del Carmen SALCEDO BELTRAN *Incumplimientos por España de la Carta Social Europea. Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Fundación 1 de mayo. Estudios Revista nº82 Febrero 2014. Pp15

Así las cosas, podría pensarse que la Carta Social Europea excluye a los extranjeros en situación administrativa irregular de todos los derechos en ella contenidos y, por tanto, de aquellos vinculados a la protección de la salud en todas sus dimensiones, sin embargo, la limitación del ámbito de aplicación personal no “excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes”⁹⁴⁴. Incluso, la previsión explícita del art.13.4 sería superable a través de la vía de ratificación parcial por párrafos, de tal modo que su no ratificación dejaría indemne el resto del contenido del derecho a la asistencia social y médica con cobertura el apartado primero del art.13.

Más allá de esta posibilidad, que dejaría a merced de la voluntad política de los distintos Estados la decisión de reconocer y garantizar estos derechos, la línea seguida por el Comité Europeo de Derechos Sociales es la de extender el derecho a los extranjeros independientemente de su situación. En este sentido, el Comité se ha pronunciado en varias ocasiones señalando que “los Estados Partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los inmigrantes, se encuentren o no en situación irregular”⁹⁴⁵. La posición del Comité a este respecto es nítida; el derecho a “la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana” y ésta “representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos –ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos”⁹⁴⁶.

La restricción que figura en el Anexo de la CSE no debe interpretarse como privación absoluta a los extranjeros que entran en la categoría de inmigrantes ilegales de la protección de los derechos más básicos consagrados en la Carta, de modo, que se menoscaben sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida o a la integridad física o el derecho a la dignidad humana. La Carta no se agota en sí misma. Así las cosas, a pesar de la autonomía normativa que le es propia, no se trata de un instrumento

⁹⁴⁴ Anexo 1 CSE

⁹⁴⁵ Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2012 (Reclamación nº 67/2011)

⁹⁴⁶ Decisión de Fondo de 8 de septiembre de 2004 (Reclamación nº 14/2003), Decisión de Fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación nº69/2011).

aislado; al contrario, debe ubicarse también en el marco general de las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos⁹⁴⁷.

A estos efectos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado que garantice la salud⁹⁴⁸, artículo este que debe ser puesto en relación con el principio de igualdad y no discriminación en el disfrute de los derechos recogidos en la Declaración⁹⁴⁹. Por su parte, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, sociales y culturales, tratado internacional ratificado por España⁹⁵⁰, consagra el derecho de toda persona al disfrute en el más alto nivel posible de la salud⁹⁵¹ a la vez que reconoce el derecho universal a la Seguridad Social⁹⁵².

De su labor, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales también ha analizado el alcance de la previsión contenida en el artículo 12 del Pacto⁹⁵³. En el mismo se comprende un concepto amplio del derecho a la salud, tanto en lo referente al contenido del derecho como en relación con la titularidad del mismo. En este sentido, reconoce el derecho de todo ser humano al disfrute del más alto nivel posible de salud, siendo la salud

⁹⁴⁷ J. BONET PEREZ y D. BONDIA GARCIA. *Op. Cit.*, pp. 442

⁹⁴⁸ Art.25.1 DUDH “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”

⁹⁴⁹ Art.2 DUDH

⁹⁵⁰ Publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977

⁹⁵¹ Art 12 PIDESC 1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

⁹⁵² Art. 9 PIDESC “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

⁹⁵³ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.

Respecto a su contenido, el derecho a la salud es un derecho inclusivo que no se agota en la atención de salud oportuna y apropiada sino también en aquellos factores que son determinantes para la salud⁹⁵⁴. En este sentido, es un derecho que se encuentra estrechamente vinculado con otros derechos humanos de los cuales depende, entre ellos, el derecho a la alimentación, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas. Estos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud⁹⁵⁵.

El Comité es consciente de que el derecho a la salud, como cualquier derecho social, está condicionado al principio de progresividad y a la disponibilidad de los recursos existentes; sin embargo, su posición respecto al derecho a la salud es nítida al señalar que “la realización progresiva del derecho a la salud [...] no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12”⁹⁵⁶. Se trata, en definitiva de obligaciones inmediatas. La progresividad en la garantía del derecho a la salud debe ser interpretada, por tanto, en relación al grado de realización del derecho que habrá de dirigirse en todo caso a alcanzar el nivel más alto plausible. El carácter vinculante de la implementación progresiva implica que los Estados deben mantener unos mínimos de modo que, “aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión

⁹⁵⁴ Punto 11. PIDESC “como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”

⁹⁵⁵ Observación General n° 14 Punto 3

⁹⁵⁶ Observación General n° 14 Punto 31

económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo⁹⁵⁷. En ningún caso, la progresividad debe afectar a la existencia y protección del derecho. En este sentido, cualquier medida de naturaleza regresiva que adopte un Estado, como restringir el alcance del derecho, deberá estar plenamente justificada y cumplir con el principio del uso del máximo de los recursos máximos disponibles⁹⁵⁸.

A estos efectos, es importante recordar que el derecho a la salud es un derecho de alcance general. El Pacto prohíbe toda discriminación que tenga por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud tanto en lo referente al acceso a la atención, a los factores determinantes básicos de la salud, como a los medios y derechos para conseguirlo⁹⁵⁹. En particular, los Estados parte tienen la obligación de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, entre otros, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales⁹⁶⁰.

Llegados a este punto se puede afirmar la falta de idoneidad de las medidas adoptadas por el RDL 16/2012, de 20 de abril, en lo referente al ámbito subjetivo de la titularidad de la asistencia sanitaria. Transcurridos más de tres años desde su entrada en vigor continúa siendo un tema controvertido. Recientemente se viene anunciado por parte de los poderes públicos la adopción de nuevas medidas que, a falta de una concreción mayor, irían dirigidas a dotar al colectivo excluido de algún tipo de documento alternativo a la tarjeta sanitaria que da acceso al Sistema Nacional de Salud. Habrá que esperar a su adopción para poder valorar si con las mismas se adecua la

⁹⁵⁷ Observación General nº3

⁹⁵⁸ Observación General nº 3 (1990). En el mismo sentido, Observación General nº 14 Punto 32 “[...] existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”.

⁹⁵⁹ Observación General nº 14.Punto 18

⁹⁶⁰ Observación General nº 14Punto 34. En los que se incluye “los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos” entre otros.

normativa legislativa al mandato constitucional y a los tratados internacionales sobre la materia. Mientras tanto, se mantiene un discurso distorsionado que entremezcla dos realidades en nada comparables, la del «turismo sanitario» frente a la figura de «persona sin recursos suficientes»; en otras palabras, la de la asistencia sanitaria a pacientes europeos⁹⁶¹ y la de personas que carecen de alternativas para acceder a un sistema de protección sanitaria. En este contexto, la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones las dificultades que enfrenta el colectivo de inmigrantes en situación de irregularidad para acceder a la asistencia sanitaria, a pesar de ser un derecho reconocido en el derecho internacional y europeo que “impone a los Estados miembros de la UE la obligación de garantizar tales derechos a todas las personas en su jurisdicción. Esto incluye a los y las inmigrantes irregulares”⁹⁶². La situación de irregularidad administrativa conlleva diferenciaciones pero éstas no alcanzan a los derechos humanos. “Los derechos humanos atañen a todos los seres humanos. Y seguimos siendo seres humanos aunque carezcamos de pasaporte, de visado o de permiso de residencia”⁹⁶³. El derecho a la protección de la salud no es un bien negociable que admite tutelas diferenciadas. Allí donde esté protegido, debe estarlo para todos.

4.2. *La educación como instrumento de integración social.*

Dentro de la compleja taxonomía constitucional de los derechos y libertades fundamentales que afecta, en particular, a los derechos sociales, el constituyente tuvo a bien consagrar el derecho a la educación entre los privilegiados derechos incluidos en la Sección primera del Capítulo II. No se trata aquí de cuestionar tal inclusión por considerar a todas luces que tal

⁹⁶¹ A estos efectos la DIRECTIVA 2011/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza

⁹⁶² (FRA) http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1772-pr-irregular-migrants-healthcare_ES.pdf.

⁹⁶³ A este respecto son bastante clarificadoras las palabras de Morten Kjaerum, Director de la FRA en el Comunicado de prensa de la FRA Viena, 11.10.11 https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1772-pr-irregular-migrants-healthcare_ES.pdf

ubicación es la correcta. El cuestionamiento, en todo caso, iría siempre dirigido a la exclusión de otros derechos sociales que quedaron al “*amparo*” no constitucional de los principios rectores de la política social y económica y no bajo la protección que requieren como auténticos derechos subjetivos. En definitiva, dentro del texto constitucional se entremezclan principios y derechos, no siendo tan importante donde caigan unos y otros, como sí lo es, las garantías que en función de su ubicación se les dispensa.

La inclusión del derecho a la educación junto a aquellos otros derechos que gozan de la especial protección del recurso de amparo pone de manifiesto la doble dimensión del derecho. El derecho a la educación consagrado en la Constitución presenta así una naturaleza híbrida, siendo a la vez “un derecho de libertad (derecho a impartir educación o a recibirla y a escoger la que se desea recibir)” a la vez que “un derecho económico-social, un derecho a recibir del Estado (o de los entes públicos) una prestación determinada”⁹⁶⁴.

Esta idea estaría en consonancia con el entendimiento que se desprende de la interpretación que del art. 27 lleva a cabo el Tribunal Constitucional al señalar que “el derecho de todos a la educación, [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este art. 27 de la norma fundamental”. De esta manera, el alto Tribunal pone de manifiesto la complejidad y la distinta naturaleza jurídica de los distintos preceptos que integran la configuración de la educación como derecho fundamental, consagrando tanto derechos de libertad como imponiendo deberes o derechos de prestación. A estos efectos, señala que “la estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, [...] del derecho de todos a la educación, utilizando

⁹⁶⁴ Cfr. Francisco RUBIO LLORENTE “*Constitución y Educación*”, en *Constitución y Economía*. Edersa. Madrid 1977, pp.103

como expresión omnicomprendensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar”⁹⁶⁵.

En este estado de cosas, la doble dimensión del derecho engloba, de un lado, junto al derecho a la educación propiamente dicho, la libertad de enseñanza, entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones⁹⁶⁶. De este principio de libertad de enseñanza se deriva a su vez, la libertad de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde a sus propias convicciones y la libertad de creación de centros docentes⁹⁶⁷. De otro lado, en su dimensión prestacional, encontramos la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica⁹⁶⁸, constituyendo este precepto, al mismo tiempo, un derecho subjetivo, una norma programática y una garantía institucional⁹⁶⁹; la creación de centros docentes como instrumento de promoción del derecho a la educación, especialmente en lo relativo al derecho a la enseñanza básica obligatoria⁹⁷⁰ y las ayudas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca⁹⁷¹, mandato este que no encierra un derecho subjetivo a la prestación pública sino que se materializa en la técnica subvencional que habrá de estar dispuesta por Ley⁹⁷². En el resto de preceptos se encuentran, por un lado, los principios que deben orientar la educación en la consecución del pleno desarrollo de la personalidad humana que, no son otros que el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales⁹⁷³ y, de otro lado, las normas de organización relativas a las competencias educativas del Estado⁹⁷⁴ y la garantía institucional

⁹⁶⁵ STC 86/1985, de 10 de julio de 1985 FJ 3º

⁹⁶⁶ STC 5/1981 FJ 7º Esta conexión queda, por lo demás, explícitamente establecida en el art. 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2.

⁹⁶⁷ STC 5/1981 FJ 7º

⁹⁶⁸ Apartado 4 del art.27

⁹⁶⁹ M.J AÑÓN ROIG. “Lecciones de derechos...” *Op. Cit.*, pp 224

⁹⁷⁰ STC 86/1985 FJ3º

⁹⁷¹ Apartado 9 Art. 27

⁹⁷² FJ 3 STC 86/1985

⁹⁷³ Apartado 2 del art.27 CE

⁹⁷⁴ Apartado 5 del art.27 “*Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes*”.

del deber de los poderes públicos de inspeccionar y homologar el sistema educativo. Respecto a la autonomía universitaria⁹⁷⁵, ha sido en alguna ocasión denominada por el Constitucional como garantía institucional⁹⁷⁶; sin embargo, el Alto Tribunal entiende que se está en presencia de un derecho fundamental. El Tribunal parte de la consideración de que “derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que [...] no están configuradas como derechos fundamentales”. A estos efectos y partiendo de que no todo lo regulado en los arts. 14 a 29 constituyen derechos fundamentales, el Tribunal señala que, su ubicación entre los derechos fundamentales es una realidad de la que es preciso partir para determinar su concepto y el alcance que le atribuye la Constitución. En este sentido, afirma que la autonomía universitaria se configura en la Constitución como un derecho fundamental por su reconocimiento en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I⁹⁷⁷. Finalmente, el apartado séptimo del art.27 hace referencia al derecho de la comunidad escolar a participar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, derecho a la intervención que el Tribunal interpreta como una variedad del derecho de participación⁹⁷⁸.

Frente a la heterogeneidad de los distintos preceptos que componen el art.27 de la CE, parece que el único denominador común a todos ellos es su vinculación al ámbito educativo, al que habría que “añadir la libertad de cátedra para completar el panorama de los derechos en este ámbito”. Dejando a un lado los preceptos con carácter prestacional o impositivos y centrándonos en el ámbito de los derechos, encontramos que “la relación entre

⁹⁷⁵ Apartado 10 del art. 27 “*Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca*”.

⁹⁷⁶ STC 86/1985 FJ 3º

⁹⁷⁷ STC 26/1987 FJ 4º En sentido diverso, Voto particular que formula el Magistrado don Luis Díez-Picazo y Ponce de León “*No comparto la idea de que existe un derecho fundamental a la autonomía universitaria, en los términos en que esta Sentencia lo establece, y estoy más cerca de la tesis de lo que en la Sentencia se llama una «garantía institucional», aunque debo dejar en claro que, a mi juicio, los derechos fundamentales suponen siempre «garantías institucionales», si bien, como es lógico, no las agotan*”.

⁹⁷⁸ STC 5/1981 FJ 19 Y STC 77/1985 FJ 21

todos ellos no puede ocultar la muy diferente naturaleza, titularidad y contenido de cada uno” tratándose, en todo caso, de derechos autónomos aunque exista entre ellos una amplia red de relaciones⁹⁷⁹. La interacción, como se ha razonado alcanza igualmente a otros preceptos constitucionales, como la libertad ideológica y religiosa⁹⁸⁰ o el acceso a la cultura y a la investigación científica y técnica⁹⁸¹ y comparte finalidad con otros, como sucede con el libre desarrollo de la personalidad⁹⁸². En este sentido, el art.27 en su apartado segundo señala que, “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Esta previsión constitucional contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, “precepto que constituye lo que podría denominarse [...] el «ideario educativo de la Constitución»”⁹⁸³. La fuerza vinculante de esta previsión impregna “la actividad educativa en todas sus vertientes al marcar un objetivo irrenunciable de la misma”, al mismo tiempo que constituye un límite para el resto de derechos y libertades del ámbito educativo⁹⁸⁴.

Llegados a este punto, de la interpretación llevada a cabo por el Constitucional parece desprenderse que “el derecho a la educación aparece más como un derecho de libertad que de prestación”⁹⁸⁵. En esta línea, hay quien mantiene que los derechos sociales, entre ellos, el derecho a la educación, son derechos de libertad que pueden ser entendidos, en un sentido amplio, como “facultades de los individuos y los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos”⁹⁸⁶. Frente a esta configuración mixta del derecho, se cuestiona el derecho a la educación como derecho de libertad, señalando “que la expresión «derecho a la

⁹⁷⁹ Francisco Javier DIAZ REVORIO. “*Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria*”. Derechos sociales y principios rectores IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España. Tirant lo Blanch. Valencia 2012. Pp 385

⁹⁸⁰ Art. 16 CE

⁹⁸¹ Art 44 CE

⁹⁸² Art.10.1 CE

⁹⁸³ Voto particular de F. Tomas y Valiente a la STC 5/1981 de 13 de febrero.

⁹⁸⁴ F.J DIAZ REVORIO. *Op. Cit.*, pp. 388

⁹⁸⁵ Cfr. F. RUBIO LLORENTE. *Op. Cit.*, pp. 26

⁹⁸⁶ Cfr. M.J AÑON ROIG. “Lecciones de derechos...” *Op. Cit.*, pp. 222

educación» no abarca todos los preceptos del artículo 27, sino «solo aquellos que tengan una conexión con el fin que inspira al “derecho social” [...]: la igualdad real y la mejora de las condiciones de vida”. En este sentido, “la existencia o inexistencia de prestaciones no resulta determinante para desentrañar la naturaleza social de un derecho”⁹⁸⁷. Este tipo de entendimiento responde a una visión en exceso lineal de los derechos. En la práctica, la distancia entre derechos de libertad y derechos de carácter prestacional es más corta de lo que se pretende.

El derecho a la educación consiste en puridad en el derecho de acceder a las enseñanzas regladas. La gratuidad y la obligatoriedad son dos elementos que solo afectan a la educación básica, que incluye la enseñanza primaria y secundaria. Por tanto, en estos niveles no solo existe el derecho de acceso sino también el deber de escolarización. El acceso a los niveles superiores, en cambio, es voluntario y no gratuito.

En cuanto a la titularidad, en función del precepto, el derecho en cuestión podrá ser objeto de multiplicidad de titulares⁹⁸⁸ o ser reconocido tanto a personas físicas como jurídicas⁹⁸⁹. A los efectos que aquí interesan, lo determinante es la atribución que el art. 27.1 realiza respecto al derecho a la educación en sentido estricto. En este sentido, la Carta Magna señala que “todos tienen el derecho a la educación”. La utilización de expresiones tales, como todos, o a todas las personas, es la fórmula utilizada por el constituyente para indicar que el derecho en cuestión, puede ser titularizado sin distinción por cualquier persona. En cambio, la expresión “los españoles” funciona como parámetro de exclusión para todos aquellos que no gocen de esta condición. De esta práctica, se puede inferir que atendiendo a la literalidad de los términos utilizados se trata de un reconocimiento del derecho a la educación con

⁹⁸⁷ Cfr. M.J AÑÓN ROIG. “Lecciones de derechos...” *Op. Cit.*, pp. 222 *Apud.*, MARTINEZ ESTAY (1997)

⁹⁸⁸ Este es el caso del derecho a la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos. Art.27.7 “*Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca*”.

⁹⁸⁹ Art 27.6. “*Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales*”.

carácter general. Esta premisa será determinante para el análisis de la adecuación de la normativa infraconstitucional a los dictados constitucionales.

El derecho a la educación es un derecho constitucional de configuración legal. La Constitución se limita a su proclamación dejando a los poderes públicos la determinación de su contenido. Esto implica un amplio margen para el poder legislativo que no solo entra a regular su contenido, sino también las condiciones de ejercicio del derecho. Esta potestad no es ilimitada, “el derecho a la educación es una norma vinculante que garantiza un derecho definitivo a una prestación y que asegura un contenido maximalista”. Esto solo sucede “cuando el derecho a la educación es caracterizado como derecho a la emancipación cultural-intelectual a la individualidad, a la autonomía, a la madurez político-social”⁹⁹⁰. El contenido habrá de respetar e integrar el núcleo esencial del derecho, el cual queda sometido en última instancia al control del Tribunal Constitucional.

El control de constitucionalidad de su contenido es extensible al modelo de atribución de la titularidad del derecho. La utilización constitucional de la fórmula omnicomprendiva “todos tienen el derecho a la educación” implica el reconocimiento del derecho en condiciones de igualdad tanto para los nacionales como para los extranjeros. De este reconocimiento se infiere a reglón seguido la imposibilidad constitucional de establecer cualquier requisito formal para su reconocimiento y efectivo ejercicio.

La normativa infraconstitucional no siempre ha respetado este límite. El desarrollo legislativo del derecho a la educación en las leyes orgánicas de extranjería ha sido objeto de avances y retrocesos, hecho que ha propiciado la presentación de recursos de inconstitucionalidad.

La Ley Orgánica 7/1985 reconocía a los extranjeros que se hallasen legalmente en territorio nacional el derecho a la educación y a la libertad de enseñanza así como el derecho a la creación y dirección de centros docentes, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes y atendiendo al

⁹⁹⁰ Cfr. R. ALEXY. *Op. Cit.*, Pp 485

principio de reciprocidad⁹⁹¹. Por tanto, la titularidad del derecho quedaba supeditado a un triple condicionamiento: la situación administrativa del extranjero, las disposiciones legales y la existencia de un acuerdo en tal sentido.

Se trataba, en definitiva, de un reconocimiento sesgado del derecho de educación que no se compadecía con el marco general de atribución constitucional. En lo referente al desarrollo de la Ley, el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985⁹⁹² introducía una importante novedad frente a su antecesor⁹⁹³, al dar entrada en el Capítulo Preliminar a los derechos y libertades de los extranjeros en España, distinguiendo los derechos subjetivos de las personas⁹⁹⁴ de los derechos de los extranjeros que se encuentren legalmente en España⁹⁹⁵. En este sentido, el nuevo Reglamento no solo desarrolla la Ley sino que la innova, abriendo posibilidades que en ningún caso se desprendían de la misma⁹⁹⁶. Esta situación añadía un marco de incertidumbre al régimen de titularidad, no solo por reconocer una titularidad del derecho que la propia Ley desconoce, sino también por señalar en dos secciones distintas del mismo capítulo, por un lado, el reconocimiento del derecho a la educación a los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles⁹⁹⁷ como derecho subjetivo de las personas y, por otro, delimitando acto seguido su reconocimiento dentro de la sección dedicada a los derechos de los extranjeros que se encuentran legalmente en España⁹⁹⁸.

⁹⁹¹ Art.9 Ley Orgánica 7/1985

⁹⁹² Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero «BOE» núm. 47, de 23 de febrero de 1996

⁹⁹³ Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo. El art.69 dedicado a los derechos en general, solo mencionaba los derechos y libertades de los extranjeros al referirse a los residentes legales.

⁹⁹⁴ Sección II, art. 2

⁹⁹⁵ Sección III, arts. 3 a 11

⁹⁹⁶ Fernando FLORES GIMENEZ “El nuevo reglamento de extranjería: una ampliación de derechos?” En Revista Vasca de Administración Pública, núm. 47 (I) 1997 pp. 122-125

⁹⁹⁷ Art.2.2 Sección segunda Real Decreto 155/1996 “Los extranjeros tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles”.

⁹⁹⁸ Art.7 Sección 3 Real Decreto 155/1996 “Los extranjeros tendrán derecho a la educación y libertad de enseñanza, así como a la creación y dirección de centros docentes ateniéndose a lo dispuesto por la legislación que regula estas materias, teniendo en cuenta las previsiones contenidas en los Tratados internacionales suscritos por España y, en su defecto, atendiendo al principio de reciprocidad”.

En incremento de la confusión, el legislador va más allá, al remitir en otro de sus artículos referente a los menores extranjeros⁹⁹⁹ el derecho a la educación a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España, a la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo y al artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Llegados a este punto y ante las divergencias normativas, la problemática giraba en torno a si el derecho a la educación abarcaba también a los menores en situación de irregularidad. En este estado de cosas, se encontraba, de un lado, tanto en el ámbito internacional como en el constitucional un reconocimiento del derecho a la educación con un alcance general; del otro, una ley orgánica de Extranjería que rebasaba los límites del mandato constitucional y un reglamento de ejecución que extendía la titularidad del derecho al mismo tiempo que incrementaba la confusión y por tanto la inseguridad jurídica.

Este complejo entramado normativo favorecía las más diversas interpretaciones. El derecho a la educación vinculado a la situación de legalidad se encontraba, por un lado, en consonancia con lo establecido en la ley orgánica, argumento que, junto a la imposibilidad de que una norma reglamentaria prevea un reconocimiento más extenso de un derecho que la propia LO que desarrolla¹⁰⁰⁰, era suficiente para algún sector para delimitar el reconocimiento del derecho en estos términos. En cambio, para otros sectores, el reconocimiento que efectúa el Reglamento del derecho a la educación como derecho subjetivo y la remisión contenida en el art.12 a la Convención de los Derechos del Niño a la Ley sobre Ordenación del Sistema Educativo y a lo dispuesto en el art. 10.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor

⁹⁹⁹ Art 12 “Los menores extranjeros que se hallen en territorio español serán tratados conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, y tendrán derecho a la educación conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo, así como a la asistencia sanitaria y a las demás prestaciones sociales, conforme a lo dispuesto en la mencionada Convención y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

¹⁰⁰⁰ En este sentido F. FLORES GIMENEZ. *Op. Cit.*, pp. 122-125

serían suficiente aval para una defensa del derecho a la educación en términos generales e independientemente de la situación en que se encontrasen los extranjeros.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que todo niño, sin distinción, tiene el derecho a la educación¹⁰⁰¹. A esto se añade el principio de no discriminación, que explícitamente excluye, entre otras, el origen nacional o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales¹⁰⁰². La eficacia de este derecho es una obligación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentren¹⁰⁰³, el cual deberá como mínimo asegurar la educación primaria, gratuita y obligatoria. Esta misma línea de reconocimiento incondicionado del derecho a la educación, se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰⁰⁴, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁰⁵, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁰⁶ y el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales¹⁰⁰⁷.

Por su parte, el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reconoce a los menores extranjeros que se encuentren en España el derecho a la educación¹⁰⁰⁸. Dentro del mismo artículo se señala el derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos a los menores que se encuentren en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España. La separación del derecho de educación del

¹⁰⁰¹ Art.28 de la Convención

¹⁰⁰² Art 2.1 de la Convención

¹⁰⁰³ Art 2.1 de la Convención

¹⁰⁰⁴ Art. 26.1 “*Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos*”.

¹⁰⁰⁵ Art 23 y 24

¹⁰⁰⁶ Art.13.1

¹⁰⁰⁷ Art.2

¹⁰⁰⁸ Art 10.3 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. “*Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España.*”

derecho a la asistencia sanitaria, dentro del mismo precepto, no impide el entendimiento según la cabal hermenéutica del artículo para constatar la inexistencia de una diferencia entre el derecho a la educación y el derecho a la asistencia sanitaria y los demás servicios públicos, de tal modo que en ninguno de los dos supuestos se exigiría la residencia legal en España sino el mero dato fáctico de hallarse en el país¹⁰⁰⁹. Desde este posicionamiento, “la diferencia estribaba realmente en el ámbito subjetivo de los derechos”, de modo, que “en uno y otro caso, el derecho se extendía a los menores en situación de irregularidad, pero mientras el derecho a la educación se reconocía a todos estos menores, el derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos tan solo se reconocía a aquellos que estuvieran en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración”¹⁰¹⁰.

Desde este posicionamiento, quedaría vencida la imposibilidad de que un reglamento ejecutivo innovara el ordenamiento jurídico al acomodarse el precepto “a lo dispuesto en una norma legal como es el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, que habría modificado la previsión recogida en la Ley de Extranjería”¹⁰¹¹. De esto modo, a través de normas de rango legal se reconocía el derecho a la educación, en las mismas condiciones que a los españoles a los menores extranjeros, con abstracción de la situación legal en el país.

En la práctica esta situación se veía confirmada a no ser habitual la exigencia de justificación de la situación legal de los progenitores en el momento del acceso a los centros docente, sirviendo incluso como prueba de arraigo para los permisos de residencia y de trabajo¹⁰¹².

Desde otros planteamientos se defiende, en cambio, que el reconocimiento generalizado en los términos que efectúa el Reglamento está

¹⁰⁰⁹ M. AZNAR LOPEZ. *Op.cit.*, pp136

¹⁰¹⁰ Cfr. M. AZNAR LOPEZ. *Op.cit.*, pp 136,137

¹⁰¹¹ Cfr. M. AZNAR LOPEZ *Op.cit.*, pp 137

¹⁰¹² CELSA PICO LORENZO “Derechos fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto rango legal. El trabajo del extranjero como derechos de configuración legal. Concesiones sobre las distintas vías de obtención del permiso de trabajo”, en Extranjeros, MADRID, Consejo General del Poder Judicial, 1994. Pp 46 y sig.

pensado para situaciones límites en las que se pueden encontrar los extranjeros, sobre todo los menores, lo que sucede cuando se hallan en una posición intermedia entre la legalidad y la ilegalidad¹⁰¹³. A modo de ejemplo, estas situaciones pueden producirse cuando alguno de los progenitores es privado de libertad y en tanto se mantenga este estado no se puede llevar a cabo la expulsión. En este tipo de supuestos, el Reglamento obligaría a "legalizar" esa situación para que el extranjero pudiera ejercitar su derecho subjetivo a recibir educación, de tal modo que ya no se trataría de un extranjero ilegal, sino de una situación atípica, no regulada jurídicamente, que habría de ser resuelta por la administración para que fuera posible ejercitar el derecho efectivamente¹⁰¹⁴. A tenor de este criterio, en estos casos sería exigible, a partir del art.27 CE, la legislación que los desarrolla y los tratados internacionales sobre la materia, un acto administrativo que regularizará su situación e impediría que su derecho a la educación fuera desconocido o menoscabado, al tiempo que deberían gozar de la garantía jurisdiccional del amparo ordinario y constitucional¹⁰¹⁵.

Las diferentes interpretaciones del Reglamento dejan al descubierto la ausencia total de nitidez que envuelve al ejercicio y titularidad del derecho a la educación para aquellos extranjeros que no se encuentran en situación de legalidad. La intencionalidad del Reglamento bien pudo ir dirigida a corregir la falta de constitucionalidad de una Ley que limitaba un derecho de reconocimiento general pero no es esa la función que ha de desempeñar. Su función, en todo caso, es desarrollar o complementar las leyes que justifican su existencia sin limitarlas ni innovarlas.

Así las cosas, la vía que hubiera otorgado el alcance real al derecho a la educación habría sido la del amparo constitucional; sin embargo, el reconocimiento del derecho en los términos establecidos constitucionalmente no vendría por este camino. El recurso de inconstitucionalidad presentado

¹⁰¹³ En este sentido F.FLORES GIMENEZ. Se trataría de supuestos en lo que no podría darse la expulsión como, por ejemplo el menor cuyos padres están encarcelados. Pp. 122-125

¹⁰¹⁴ F.FLORES GIMENEZ *Op.cit.*, pp 122-125

¹⁰¹⁵ F.FLORES GIMENEZ *Op.cit.*, pp 122-125

contra varios artículos de la Ley Orgánica 7/1985 no incluyó la vulneración del derecho a la educación consagrado en el art. 27 de la CE. En este estado de cosas, sería a través de la derogación de la Ley Orgánica 7/1985 por la Ley 4/2000, de 11 de enero¹⁰¹⁶, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social como el derecho a la educación vendría reconocido en su plenitud constitucional.

La nueva Ley de extranjería reconoce en su art. 9 el derecho a la educación a todos los extranjeros menores de dieciocho años, derecho que comprenderá el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Al mismo tiempo, la Ley va más allá extendiendo el derecho a la educación no obligatoria, en concreto, a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica, en las mismas condiciones que los españoles. Este derecho que comprende igualmente la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso y el acceso al sistema público de becas y ayudas¹⁰¹⁷. El presupuesto de la residencia se establece para el acceso al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica y en relación a la creación o dirección de centros docentes¹⁰¹⁸.

El amplio reconocimiento del derecho dispensado por la Ley 4/2000 no estaba destinado a perdurar. A escasos meses de su entrada en vigor, la Ley 8/2000¹⁰¹⁹ operaría cambios sustanciales en el ámbito de la titularidad del derecho. En este sentido, mantiene el acceso a una enseñanza básica en los mismos términos incluyendo, junto a la educación como derecho, la educación como deber; sin embargo, la reforma modificaría el alcance del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria. Así las cosas, comienza por separar la educación infantil, de los niveles superiores de educación. Respecto a la

¹⁰¹⁶ Disposición derogatoria única. Derogación normativa de la Ley 4/2000

¹⁰¹⁷ Art. 9.2 LOE 4/2000

¹⁰¹⁸ Art.9.3 LOE 4/2000

¹⁰¹⁹ Art.1 punto 7 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La reforma no afecta a la regulación establecida para el acceso al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica y la creación o dirección de centros docentes e introduce una novedad significativa al señala la obligación de los poderes públicos de promover la enseñanza para facilitar su mejor integración social, en un marco de reconocimiento y respeto a su identidad cultural

primera, se sustituye el derecho de acceso incondicionado por una versión prestacional del derecho y partiendo, en todo caso, del carácter voluntario de este nivel de educación. De este modo, se establece que las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. En lo referente a la educación de naturaleza no obligatoria, el derecho queda limitado exclusivamente a los extranjeros residentes, hecho que impide el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de dieciocho años que no tengan residencia legal en España. La exclusión de la titularidad del derecho en este nivel de enseñanza llevada a cabo por la reforma se contradice, en primer lugar, con el apartado primero del mismo artículo, que garantiza el derecho a la educación a los menores de dieciocho años, independientemente de su situación legal. Más allá de esto, la negación del derecho en estos términos es contraria al derecho a la educación garantizado en el Art.27.1 CE, en el que se reconoce un derecho de alcance general, con independencia de la condición de nacional o extranjero o de la situación de legalidad o ilegalidad en España. Este entendimiento estaría en consonancia con los diferentes instrumentos nacionales e internacionales que informan nuestro ordenamiento jurídico¹⁰²⁰.

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional al resolver sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el punto 7 del artículo primero¹⁰²¹. El Alto Tribunal comienza examinando el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado, específicamente en su dimensión prestacional, para comprobar si es constitucionalmente legítima la exclusión establecida en el precepto que impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria. A estos efectos, el Alto Tribunal recuerda que la estrecha relación de todos los preceptos incluidos en el art. 27

¹⁰²⁰ Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de educación (ART.4.2) Declaración Universal de Derechos Humanos (ART.26) “Toda persona tiene derecho a la educación [...]”, PIDESC (Art.13) Apartado 1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación”. Artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952 “A nadie se le puede negar el derecho a la educación [...]”.

¹⁰²¹ En la STC 236/2007 El punto 7 del artículo primero da nueva redacción al apartado 3 del art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000.

CE autoriza a hablar del derecho de todos a la educación¹⁰²², reconocimiento que se encuentra en consonancia con el derecho a la educación consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰²³, en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos¹⁰²⁴ y en especial, en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰²⁵, en el cual, por la naturaleza de su objeto se contiene un mayor detalle de la accesibilidad a los diferentes niveles educativos¹⁰²⁶. Por su parte, el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales¹⁰²⁷, es el más contundente en este sentido, al señalar en su art. 2 que “a nadie se le puede negar el derecho a la educación”.

En paralelo, el Tribunal examina la legislación educativa vigente¹⁰²⁸, en virtud de la cual la enseñanza básica comprende la educación primaria y la educación secundaria obligatoria¹⁰²⁹, nivel educativo obligatorio y gratuito para todas las personas¹⁰³⁰. Su desarrollo tiene lugar entre los seis y los dieciséis años de edad, aunque se reconoce el derecho de los alumnos a permanecer en la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad¹⁰³¹. Una vez obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria se accede a la educación secundaria postobligatoria, nivel educativo que comenzará a partir de los 16 años de edad. La diferencia entre ambos niveles es la obligatoriedad

¹⁰²² STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3

¹⁰²³ Art. 26

¹⁰²⁴ Art 23 y 24

¹⁰²⁵ Art.13.1

¹⁰²⁶ Art. 13 a) *La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del Cuerpo docente».*

¹⁰²⁷ Art.2 Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (Instrumento de ratificación de 2 de noviembre de 1990, BOE de 12 de enero de 1991),

¹⁰²⁸ Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación última actualización 20 de julio 2015

¹⁰²⁹ Art.3.1 Ley Orgánica 2/2006

¹⁰³⁰ Art.4.1 Ley Orgánica 2/2006

¹⁰³¹ Art.4.2 Ley Orgánica 2/2006

y gratuidad que solo es exigible para la enseñanza básica pero no afecta al reconocimiento del derecho. A estos efectos, el Tribunal señala que su jurisprudencia no limita, “la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art. 27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), sino que esa dimensión prestacional deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE)”. Por tanto, el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la educación, “en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad”¹⁰³².

En este estado de cosas, partiendo de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, el Tribunal declara inconstitucional y nulo el inciso “residentes” por ser contrario al derecho a la educación garantizado en el Art.27.1 CE en el que se reconoce un derecho a la educación con carácter general, con independencia de la condición de nacional o extranjero o de la situación de legalidad o ilegalidad en España. En conclusión, “el derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”. De este modo, el Alto Tribunal pone de manifiesto “la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana”¹⁰³³.

La extrapolación de la doctrina constitucional a la Ley Orgánica de extranjería no llegaría hasta la reforma de 2009¹⁰³⁴. En este sentido, la reforma recoge explícitamente el reconocimiento para los menores de dieciochos años

¹⁰³² STC 236/2007 FJ8

¹⁰³³ STC 236/2007 FJ8

¹⁰³⁴ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 299 de 12 de diciembre de 2009

a la enseñanza posobligatoria, derecho que incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles y que alcanzara hasta la finalización de los estudios en caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar¹⁰³⁵. La reforma introducida por la Ley Orgánica 2/2009 elimina la referencia a la educación infantil, que queda subsumida en la regla general sobre el derecho a la educación de los menores de 16 años de edad¹⁰³⁶.

Entre las mejoras introducidas por la reforma destaca, de un lado, la extensión a todos los extranjeros en España, residentes o no, de la posibilidad de recibir enseñanzas para su mejor integración social¹⁰³⁷; sin embargo, desaparece del precepto que ésta se llevara a cabo con el reconocimiento y respeto a su identidad cultural y, de otro, se señala la obligación de acreditar la escolarización de los menores aunque referida exclusivamente para los residentes¹⁰³⁸.

Desde una lógica sistemática, desaparece del articulado el acceso a las actividades de carácter docente y la posibilidad de creación y dirección de centros reconocida a los extranjeros residentes que ya en la anterior regulación se remitía a las disposiciones vigentes a estos efectos.

Llegados a este punto, el aspecto más polémico de la reforma se encuentra en el apartado segundo. A pesar de que el pronunciamiento del Tribunal fue nítido al declarar la inconstitucionalidad del inciso que hacía

¹⁰³⁵ Apartado 1 “Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización”.

¹⁰³⁶ Sentencia 155/2015, de 9 de julio de 2015.

¹⁰³⁷ Art. 9.3

¹⁰³⁸ Apartado 4. “Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración”.

referencia a la residencia, lo cierto es que la reforma operada plantea serias dudas sobre si ha respetado o no el mandato constitucional.

Así, en la nueva redacción dada al artículo 9.2¹⁰³⁹ el derecho a la educación de los mayores de dieciocho años que se hallen en España, se remite a lo establecido en la legislación educativa. Acto seguido se señala que, en todo caso, serán los extranjeros residentes, los que tengan el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles. De una primera lectura de la nueva regulación, se desprende una diferenciación de trato entre los residentes a los que se concede un reconocimiento equiparable del derecho con los nacionales y otro distinto, para los que carezcan de tal condición.

Desde el inicio aparecieron dudas sobre la constitucionalidad de este precepto¹⁰⁴⁰, hecho que derivó en la interposición de un recurso de inconstitucionalidad¹⁰⁴¹ contra el artículo 9.2 en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en el apartado 11 de su artículo único. El Alto Tribunal se ha pronunciado recientemente al respecto, en una controvertida sentencia¹⁰⁴², como demuestran los votos particulares de que ha sido objeto. Desafortunadamente, la nitidez del Tribunal al resolver sobre la inconstitucionalidad del precepto que impedía de facto el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de dieciocho años que no tuvieran residencia legal en España no ha tenido lugar en este pronunciamiento. Se trata, en definitiva, de una sentencia dúctil que deja pasar la oportunidad de cerrar de una vez por todas el alcance general del derecho a

¹⁰³⁹ Apartado 11 de su artículo único al artículo 9.2 de la LO 4/2000

¹⁰⁴⁰ El hecho ya fue advertido en el Dictamen del Consejo de Estado al texto del anteproyecto de la LOEX, donde se propuso incorporar una regla general que contenga que «todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, incluidos los Tratados Internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento interno (Art.96.1º, Constitución Española) especialmente la Convención de los Derechos del Niño»¹⁰⁴⁰, no obstante, esta recomendación ha sido obviada por el legislador.

¹⁰⁴¹ Sentencia 155/2015, de 9 de julio de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 2085-2010. Interpuesto por el Parlamento de Navarra, en relación con el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

¹⁰⁴² Sentencia 155/2015, de 9 de julio de 2015.

la educación tal y como es consagrado en la Carta Magna, en la Declaración universal de derechos humanos, en los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia y en la propia jurisprudencia del Tribunal.

La argumentación del pronunciamiento se basa en una interpretación discutible del precepto legal impugnado. En este sentido, según el Tribunal, la lectura del art. 9.2 en virtud de la cual, se limita a los extranjeros que sean «residentes» el derecho de acceso a la enseñanza posobligatoria, a la obtención de las titulaciones correspondientes y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles “no es la más adecuada intelección”. Para el Alto Tribunal, del tenor literal del primer inciso del art.9.2 “no se desprende una exclusión directa del derecho de acceso a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de edad «no residentes»”. La remisión establecida a las leyes que regulan la educación para concretar los derechos de los extranjeros mayores de dieciocho años, no hace distinción respecto a la situación de regularidad administrativa; por tanto, cualquier extranjero mayor de edad «no residente» tiene reconocida la titularidad del derecho. Será la legislación educativa en su conjunto la encargada de establecer la normativa específica que regule el ejercicio del derecho a la educación posobligatoria de los extranjeros mayores de edad que no ostenten la condición de «residentes». Mientras, el inciso segundo “se limita a no excluir la posibilidad de que se pudieran establecer en la legislación educativa condiciones diferenciadas para los extranjeros mayores de edad no residentes respecto del ejercicio de este derecho en las enseñanzas posobligatorias”.

Dejando a un lado, la lógica de hacer una lectura conjunta del precepto, puesto que, tanto este alcance «generalizado» del derecho que se remite a la legislación educativa, como el reconocimiento del derecho para los «residentes», se incluyen en el mismo apartado del artículo, lo cierto es que la Legislación vigente en materia educativa contiene a su vez una remisión a la Ley Orgánica de extranjería¹⁰⁴³. La ausencia actual de una legislación

¹⁰⁴³ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. Disposición Adicional Decimonovena. «establecido en esta Ley en relación con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de

educativa que establezca condiciones de trato diferenciadas no es óbice para que ésta, al amparo de la interpretación literal del primer inciso del art.9.2, llegue a producirse. El Tribunal es consciente de esta posibilidad al señalar que en el supuesto en que se desarrollasen normativamente condiciones diferenciadas de trato es cuando podrán ser traídas al conocimiento del Tribunal para determinar su conformidad o disconformidad con el orden constitucional, hecho que, al mismo tiempo, implica que el Tribunal reconoce implícitamente que otra interpretación del primer inciso del art.9.2 es plausible.

El Alto Tribunal parece además obviar que la inclusión de un término que de por sí circunscribe la titularidad de un derecho, como sucede en este supuesto con el término «residentes», implica siempre, justificada o injustificadamente, una exclusión. Es más, este tipo de formulación guarda un parecido razonable con las formulas empleadas en el texto constitucional cuando utiliza expresiones del tipo «todos» o «a nadie» para dar una alcance general a los derechos o, en sentido contrario, cuando utiliza expresiones como «los españoles» para delimitarlo, argumentación que tantas veces ha sido utilizada por este Tribunal para determinar el alcance constitucional de la titularidad de los derechos.

En este estado de cosas, el Tribunal desestima el recurso de inconstitucionalidad en una sentencia que, como se pone de manifiesto en los votos particulares concurrentes, alcanza el consenso porque representa un mal menor frente a la alternativa del no-consenso¹⁰⁴⁴.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional contaba con el aval normativo suficiente para declarar nuevamente la inconstitucionalidad del precepto, partiendo del artículo 27 CE, en relación con el art. 14 CE e interpretados a la luz del derecho regional e internacional de los derechos humanos, según dicta el art. 10.2 CE, sin embargo, según su apreciación el objeto del recurso es sustancialmente distinto al enjuiciado en la sentencia

los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y en la normativa que las desarrolla»

¹⁰⁴⁴ Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2085-2010, al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

236/2007 en la que se dilucidó sobre el derecho a la educación de los extranjeros menores de dieciocho años no residentes, mientras en este caso el objeto de impugnación es el derecho a la educación de los extranjeros mayores de dieciocho años no residentes. Tanto en aquella sentencia como en anteriores pronunciamientos¹⁰⁴⁵, el Tribunal ha sido contundente a la hora de determinar el derecho consagrado en el art.27 CE, señalando que no cabe limitar su dimensión prestacional a la educación básica “sino que esa dimensión prestacional deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE)”, a lo que añade, que la recta interpretación del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE es que corresponde a «todos», independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España.

En esta misma línea, la sentencia, a pesar de la desestimación del recurso, señala que el entendimiento de que se excluye del derecho a la educación a quienes «no sean residentes» es contraria al art. 27 CE por negar de manera incondicionada el ejercicio de un derecho fundamental¹⁰⁴⁶. En la práctica, la diferencia entre aquella y esta sentencia, no es tanto la diferente edad de los posibles titulares como el hecho de que, en este caso, el Tribunal deja abierta la puerta a un posible desarrollo normativo inconstitucional y, por tanto, a la posibilidad de que este llegue a producir efectos jurídicos.

Desde esta perspectiva, hubiera bastado la declaración nuevamente de la inconstitucionalidad del inciso «residentes» para evitar que un derecho de alcance general pueda verse de nuevo menoscabado. Esto no hubiera implicado un exceso de control jurisdiccional que pudiera argumentarse como limitación del legislativo, al contrario, es este último el que con la reforma operada no respeta el mandato constitucional y continúa estableciendo diferenciaciones por razón de la residencia.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, SSTC 86/1985, de 10 de julio; 212/2005, de 21 de julio, STC 236/2007, de 7 de noviembre

¹⁰⁴⁶ FJ 6, cuarto párrafo

El derecho a la educación es un derecho que pertenece a la persona en cuanto tal. Así lo entiende el Alto Tribunal cuando señala que “se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad”¹⁰⁴⁷.

El mayor o menor grado de vinculación con la dignidad humana es determinante para situar a un derecho en un plano de abstracción absoluta de injerencias o en el plano de los derechos de configuración legal. El derecho a la educación se encuentra entre estos últimos, hecho que no afecta a su naturaleza constitucional y, por tanto, a que su contenido respete e integre el núcleo esencial del derecho. Es a través de la educación como el desarrollo de la personalidad humana puede llegar a ser pleno, de otro modo, a aquellos a los que se les priva del derecho a la educación se les niega ser libres. En definitiva, es el conocimiento frente a la ignorancia el que posibilita la libertad de elegir y permite a los sujetos su inclusión dentro de la realidad social, política y económica en la que deben desenvolverse. La educación constituye así un factor decisivo en el proceso de socialización de los individuos. Este hecho adquiere mayor relevancia si pensamos en el papel que está llamado a cumplir en el proceso de integración de los inmigrantes en las sociedades de acogida.

No en vano, la Asamblea General de las Naciones Unidas, al proclamar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la define “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, promoviendo a través de la enseñanza y la educación, el respeto a los derechos y libertades, para su reconocimiento y aplicación universales y efectivos. El derecho a la educación es en sí un instrumento y un fin, no solo para el desarrollo de la personalidad, sino para alcanzar la meta de que la cultura de los derechos humanos, se instale definitivamente entre nosotros.

¹⁰⁴⁷ STC 236/2007

CONCLUSIONES

La labor de investigación sobre la posibilidad de una extensión de los derechos fundamentales a los extranjeros no comunitarios con independencia de la situación administrativa en la que se encuentren, ha sido realizada con un objetivo superior; tomar conciencia de la realidad en la que nos hallamos inmersos. La asimetría entre países ricos y países pobres cada día es mayor y nada indica que vaya a descender. Para los que se encuentran en estos últimos, los derechos humanos más básicos son prácticamente imperceptibles o inexistentes y el problema no es la escasez de recursos sino la distribución desigualitaria de los mismos. Esto no es nuevo; la diferencia se encuentra en que ahora se desarrolla en el contexto de un mundo globalizado en el que se deberían concentrar los esfuerzos para corregir estas deficiencias con más efectividad y menos intencionalidad.

El fenómeno de la globalización ha afectado en mayor o menor grado a todas las esferas que anteriormente eran patrimonio exclusivo de los Estados. Hacia fuera, los procesos de integración supranacionales o la adhesión a diferentes organismos internacionales han ido restando fuerza y sentido a la idea de soberanía. Hacia dentro y hacia fuera, el mismo fenómeno global ha favorecido el surgimiento de una revaloración de las identidades étnicas en forma de conflictos en el interior de los Estados que favorecen al mismo tiempo y en sentido contrario procesos de unificación más allá de las fronteras de estos. Y a aquellos que se sienten más fuertes les puede parecer un problema ajeno pero lo cierto es que esta asimetría que rige el mundo se ha ido introduciendo igualmente dentro de las fronteras de aquellos que se sentían a salvo de las transformaciones de una globalización sin Derecho.

En este estado de cosas se defiende el neoconstitucionalismo como modelo en el que se encuentran las condiciones objetivas necesarias para alcanzar al fin la protección de los derechos fundamentales tal y como fueron pensados, proclamados y consagrados. Hablar de neoconstitucionalismo es, hablar de derechos, de todos y de cada uno de ellos;

de los civiles, los políticos o los sociales, porque todos ellos sin distinción están conectados en alguna medida con el valor último que constituye su objeto y razón de ser: la dignidad humana. Así las cosas, la cuestión de fondo que se plantea en este trabajo de investigación, es si es admisible la existencia de más de un tipo de dignidad humana o una especie de subgénero de la misma que legitime el reconocimiento y la protección de los derechos de unos y desconozca la de otros.

El análisis llevado a cabo sobre los derechos fundamentales permite identificar en los mismos la base de la igualdad jurídica, posibilitando de esta forma una vía plausible tanto en lo que se refiere a un mayor reconocimiento de derechos como, su extensión a otros titulares. Su generalidad y abstracción favorece al mismo tiempo que puedan ser reconocidos al mayor número de titulares posibles y a las más variadas situaciones que tengan correspondencia con los textos que los garantizan. En definitiva, se trata de si se garantiza una determinada ventaja, ella debe ser extendida, como consecuencia lógica, a todos los colectivos de personas, sin que una situación específica en que el potencial destinatario pueda encontrarse impida su reconocimiento. Estas consideraciones permiten defender la posición de que los derechos fundamentales deben ser reconocidos a todos los que pueden ser beneficiados por el contenido de su texto, sin exclusiones.

Sin duda, este debe ser el principio general resultante de la universalidad y generalidad de los derechos fundamentales; sin embargo, el problema es otro. El pretendido universalismo que subyace cuando de los derechos fundamentales se habla no tiene tal identidad en un plano real. En cualquier caso, la distinción gira en torno a la clase de sujetos que son titulares y es diversa de aquella que afecta a la estructura de los derechos fundamentales.

El análisis basado en la universalidad y generalidad de los derechos admite una conclusión en el sentido de que las restricciones a su goce por los extranjeros, por esta razón específica, resulta una interpretación restrictiva, incompatible con los postulados del constitucionalismo.

La doctrina constitucional avala esta postura cuando señala que los extranjeros gozan en nuestro país de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. La única limitación que con carácter general y constitucional excluye a los extranjeros de ser titulares de un derecho fundamental se encuentra en el artículo 23 del texto constitucional. Incluso existen derechos que, a pesar del tenor literal del precepto delimitando el ámbito subjetivo del mismo, podrán extender su titularidad a otras personas.

La labor interpretativa del Tribunal Constitucional ha sido fundamental en la determinación del reconocimiento y alcance de los derechos fundamentales de los extranjeros. En el proceso de análisis se han mostrado los avances y retrocesos en la defensa de los derechos de los extranjeros que se han ido produciendo en las distintas reformas de las que ha sido objeto la Ley de extranjería y que han provocado la constante interposición de recursos de inconstitucionalidad. El denominador común a todos ellos: la exclusión de la titularidad de los derechos a los inmigrantes en situación irregular.

En este contexto se ha buscado la posibilidad de instrumentar la validez jurídica del vínculo laboral, cuando el trabajo es realizado por aquel que carece de habilitación para llevarlo a cabo analizando las consecuencias que pueden derivarse del contrato de trabajo, sobre todo, en orden a su validez. A continuación, se analizaron las acciones que pueden acontecer en el caso de que un trabajador sin autorización intente hacer valer sus derechos en el ámbito judicial.

La misma complejidad se encuentra en la posibilidad de que una persona que presta servicios, jurídicamente no habilitada para el trabajo, pueda disfrutar de un supuesto status de “trabajador”, para fines del ejercicio de la libertad sindical. En ambos casos, la problemática es la misma: las consecuencias que el ejercicio del derecho puede suponerle a aquel que lo ejercita y, en este sentido, se sigue sin dar respuesta por la Ley a una realidad que no es nueva; la existencia de una significativa población inmigrante de la cual, una gran parte viven dentro de nuestro sistema legal, en una situación administrativa de ilegalidad.

En la misma línea, los derechos a la protección de la salud y a la educación se han visto afectados. La regresividad que vienen soportando los derechos sociales responde, en demasiadas ocasiones, a las distintas valoraciones políticas y económicas que terminan por convertir a los derechos sociales en moneda de cambio según los intereses en juego. Sin lugar a dudas los derechos sociales requieren de importantes desembolsos económicos pero esto no significa que su tutela deba quedar exclusivamente limitada a la dependencia de los recursos monetarios; al contrario, hay ciertos derechos sociales como el derecho a la educación o el derecho a la salud de los cuales no es predicable ni su vuelta atrás ni la exclusión de la titularidad.

A pesar de esto, el ritmo de los acontecimientos confirma una tendencia a la baja respecto al contenido y el acceso a las prestaciones que no solo minimiza el nivel prestacional sino que limita el abanico de posibles titulares. Las políticas sociales actuales se caracterizan así por su carácter excluyente con una tendencia clara a cerrar cada vez más el círculo en el disfrute de los derechos sociales.

Con este propósito, se utiliza una vez más la categoría de inmigrante sin autorización para la exclusión del disfrute de estos derechos, con independencia de que en ambos casos se trata de derechos de alcance general tanto en el plano constitucional como en el ámbito del Derecho internacional.

Así las cosas, los últimos cambios introducidos en la titularidad del derecho a la educación y la interpretación del Alto Tribunal a este respecto han dejado el alcance constitucional del derecho comprometido.

De igual modo, las prácticas legislativas que excluyen a este colectivo de la protección de la asistencia sanitaria básica por parte de la legislación española es actualmente objeto de un controvertido debate. El objetivo ha sido mostrar que este tipo de exclusión es a todas luces inconstitucional.

Los nuevos tiempos traen consigo nuevos retos no solo económicos sino también jurídicos y políticos. A pesar de que los derechos sociales han

alcanzado su reconocimiento formal en las constitucionales nacionales y han sido proclamados como derechos humanos a nivel internacional, lo cierto es que el constitucionalismo de los derechos ve cada día más reducido el terreno conquistado frente a lo que bien podría llamarse una contrarreforma neoliberal. En este estado de cosas, urge una inversión del rumbo, una revalorización sincera del Estado social de derecho como punto de partida, que permita, por un lado, un trato nacional en términos de legitimidad para los que no los son y, por otro, estrategias que se acomoden a la lógica universalista que caracteriza a todos los derechos fundamentales para todos. En este contexto, el neoconstitucionalismo representa la conquista del igual valor de los derechos, ahora solo le resta alcanzar su igual garantía para todos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., & COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Ed. Trotta.
- ADAM MUÑOZ, M. D. (2004). *La modificación del artículo 107 del Código civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón del sexo*. Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades.
- AGUELO NAVARRO, P. (s.f.). *La reforma de la Ley de extranjería*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales Num.22.
- ALEXY, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de derecho constitucional.
- ALEXY, R. (2003). *"Neoconstitucionalismo(s)"*. Madrid: Ed. Trotta.
- ALEXY, R. (2005). *La institucionalización de la justicia*. Granada: Ed. Comares.
- ALEXY, R. (2007). *¿Derechos humanos sin metafísica?* Alicante: Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- ALONSO OLEA, M. (2001). *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*. Madrid: Cuadernos Cívitas.
- ALONSO OLEA, M., & CASAS BAHAMONDE, M. E. (2000). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ed. Civitas.
- ALVAREZ CIENFUEGOS SUAREZ, J. M. (2001). *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001 Consejo General del Poder Judicial*. Madrid.
- AÑON ROIG, M. J. (2001). *Lecciones de derechos sociales*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

- AÑÓN ROIG, M. J. (2008). *“Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada” Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregoria Peces BARBA*. Madrid: Ed. Dykinson.
- AÑÓN ROIG, M. J. (2008). *Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada*. Madrid: Dykinson.
- ARAGÓN, M. (2001). *¿ Es contitucional la nueva ley de extranjería?* Madrid: Revista Claves de la razón práctica.
- ARIZA, S. S. (2003). *Neoconstitucionalimo(s) “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. Madrid: Ed. Trotta.
- ASENJO PINILLA, J. L. (2001). *Trabajadores extranjeros no comunitarios: derechos laborales y sindicales*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.
- ATIENZA, M. (1991). *Sobre principio y reglas*. Alicante: Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- ATIENZA, M. (2003). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel Derecho.
- AZNAR LOPEZ, M. (2001). *Los derechos sociales de los extranjeros en España*. Nadrud: Consejo General del Poder Judicial.
- BABIANO, J. (2000). *“Ciudadanía y exclusión”. Ciudadanía y democracia*. Madrid: Ed. Pablo Iglesias.
- BALLESTER PASTOR, M. A. (1997). *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- BALLESTER PASTOR, M. A. (2003). *Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo; SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002*. Actualidad Laboral Num 2003-1.
- BARBA, G. P. (1989). *Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho*. Madrid: Ed. Debate.
- BARRADO, C. M. (1996). *La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en: MARIÑO*

- MENÉNDEZ, F.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (Dir. y Coord.): *Política social internacional y europea. Universidad Carlos III, Instituto Francisco de. Madrid.*
- BAYON, J. C. (2000). *Derechos, democracia y constitución.*
- BELORGEY, J.-M. (2007). *La carta social europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales.* Revista de Derecho Político Num. 70.
- BOBBIO, N. (1991). *El tiempo de los derechos.* Sistema.
- BONET PEREZ, J., & BONDÍA GARCÍA, D. (2004). *La Carta Social Europea. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI.* Bilbao: Universidad de Deusto.
- BONVIN, J.-M. (1998). *L'organisation internationale du travail. Étude sur une agence productrice de normas.* Paris: Presses Universitaires de France.
- BOZA, D. (2011). *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería, En Diego Boza, Francisco Javier Donaire Villa, David Moya Malapeira.* Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- CARILLO SALCEDO, J. A. (2004). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI.* Bilbao: Universidad de Deusto.
- CARRO FERNANDE-VALMAYOR, J. L. (2008). *Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales.* Zaragoza: El justicia de Aragón.
- CASAS BAAMONDE, M. E. (2000). *Evolución Constitucional y Derecho del Trabajo, Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales.* A. PEDRAJAS MORENO (dir.). Valladolid: Ed. Lex Nova.
- CASCAJO CASTRO, J. L. (2012). *Derechos Sociales. En, Derechos sociales y principios rectores IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España.* Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

- CHARRO BAENA, P. (2000). *Las autorizaciones para trabajos de extranjeros*. Navarra: Ed. Aranzadi.
- CHARRO BAENA, P. (2000). *Las autorizaciones para trabajos de extranjeros*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- COMANDUCCI, P. (1998). *Assaggi di metaética due*. Torino: Giappichelli.
- COMANDUCCI, P. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)".Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico*. Madrid: Ed. Trotta.
- COMANDUCCI, P. (1999). *Principios jurídicos e indeterminación del derecho*. Bahía Blanca.
- DAUDI, M. C. (2006). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- De ASÍS, R. (1999). *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*. Dykinson.
- DIAZ REVORIO, F. J. (2012). *Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- DONAIRE VILLA, F. J. (2011). *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- DWORKING, R. (2002). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ed. Ariel.
- ESCOBAR ROCA, G. (2012). *Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (2001). *Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000*. Madrid: Revista Relaciones Laborales.
- ESPINAR VICENTE, J. M. (2001). *Comentarios a la nueva ley de extranjería*. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares.

- ESSER, J. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Ed. Bosch.
- FAVOREAU, L. (200). *Legalidad y Constitucionalidad. La Constitucionalización del derecho*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- FERNANDEZ, E. A. (2011). En “*Comentarios a la reforma de la ley de extranjería*” Diego BOZA, Francisco Javier DONAIRE VILLA, David MOYA MALAPEIRA. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Derechos y Garantías. La Ley del mas débil*. Madrid: Ed. Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)”. Pasado y futuro del Estado de Derecho*. Madrid: Ed. Trotta.
- FIORAVANTI, M. (2003). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Ed .Trotta.
- FLORES GIMENEZ, F. (1997). *El nuevo reglamento de extranjería: una ampliación de derechos?* Revista Vasca de Administracion Pública Num.47.
- FORSTHOFF, E. (1971). *El Estado en la sociedad industrial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- FRANCO, T. S. (2001). “*La libertad sindical*”. En Ignacio Albiol Montesinos, Juan López Gandía, Luis Miguel Camps Ruiz y Tomás Sala Franco. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- GARCIA HERRERA, M. Á. (2003-2004). *Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española*. Revista de Derecho Politico.
- GARCIA MACHO, R. (1982). *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Madrid: Instituto de estudios de administracion local.

- GARCIA NINET, J. I., & YANINI BAEZA, J. (1997). *Sentido e impacto de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre la realidad sindical española*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social, Internacional y Comunitario. Num.2.
- GERNIGON, B. (1998). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Revista internacional del Trabajo. OIT Vol.117.
- GIL y GIL, J. L., & USHAKOVA, T. (1999). *La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Documentacion Laboral Num. 59, ACARL.
- GOMEZ ABELLEIRA, F. J. (s.f.). *Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia*. Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.
- GONZALEZ, F. C. (1998). *Los umbrales del demos: ciudadanos, transeúntes y metecos*. Barcelona: Anthropos.
- GROS ESPIELL, H. (1998). *Estudios sobre Derechos Humanos II*. Madrid: Instituto Interamerica de Derechos Humanos-Civitas.
- GUASTINI, R. (1993). *Le fonti del diritto e L'interpretazione*. Milan: Guiffrè.
- GUASTINI, R. (1999). *Distinguiendo*. Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, R. (2003). *"Neoconstitucionalismo(s)" La <<constitucionalización>> del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Madrid: Ed. Trotta.
- H MARSHALL, T., & BOTTOMORE, T. (1998). *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Ed. Alianza Editorial.
- HABERMAS, J. (1999). *La inclusión del otro*. Barcelona: Ed. Paidós.
- HIDALGO, F. J. (2007). *La tutela cautelarísima en materia de órdenes de expulsión de ciudadanos extranjeros*. Revista La Ley - Revista Actualidad Administrativa - 04 -2ª quincena de Febrero 2007.
- HIERRO, L. (2000). *¿ Qué derechos tenemos?* Alicante: Ed. Doxa.

- JIMENA QUESADA, L. (2012). *La tutela de los derechos sociales: el espacio de la Unión y del Consejo de Europa*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- JUAN, C. M. (s.f.). *La mutacion genital femenina, derecho de asilo en España y otras formas de proteccion internacional*. Obtenido de http://www.uv.es/cefd/17/carmen_miguel.pdf
- JUAN, C. M. (s.f.). *La mutilación genital femenina, derechos de asilo en España y otras formas de protección internacional*.
- LAPORTA, F. (1987). *Respuesta a Perez Luño, Atienza y Ruiz Manero*. Alicante.
- LAPORTA, F. (1987). *Sobre el concepto de derechos humanos*. Alicante: Ed. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho Núm. 4.
- LUCAS, J. D. (1994). *El desafío de las fronteras: derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*. Madrid: Revista Temas de hoy.
- LUCAS, J. D. (1994). *En los márgenes de la legitimidad. Exclusión y ciudadanía*. Alicante: Revista Doxa.
- LUCAS, J. D. (2009). *Dos test sobre la consistencia del Estado de Derecho. Ante los proyectos de reforma de asilo y extranjería*. Jueces para la democracia Num. 64.
- LUJAM ALCARAZ, J. (2001). *La reforma de la Ley de extranjería*. Revista Aranzadi Social Num.21.
- LUÑO, A. E. (1998). *Los derechos fundamentales. Temas claves de la Constitución española*. Madrid: Ed. Tecnos.
- MANERO, J. R. (1991). *Sobre principios y Reglas*. Alicante: Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- MANGAS MARTÍN, A. (2008). *El compromiso con los derechos fundamentales*. Fundación BBVA.

- MARTÍN VALVERDE, A. (1980). *Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española de 1978*. Madrid: En AA.VV Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución, CEC.
- MARTÍN VALVERDE, A. (2001). *Aspectos laborales de la Ley (reformada) de extranjería*. Revista Tribuna Social, CISS Praxis Num.126.
- MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J. (2009). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVA.
- MASSOGARROTE, M. F. (2001). *La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Revista Actualidad Administrativa.
- MATTEUCCI, N. (1988). *La costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo. T. Bonanzi La costituzione statunitense e il suo significato odierno*. Bolonia.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2002). *Comentario a la Constitución socio-económica de España". El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo*. Granada: Ed. Comares.
- MONEREO PEREZ, J. L. (1993). *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los Trabajadores (II)*. Madrid: Revista española del Derecho de Trabajo Num. 57 Ed. Civitas.
- MONEREO PÉREZ, J. L. (2002). *Comentario a la Constitución socio-económica de España". El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo*. Granada: Ed. Comares.
- MORESO, J. J. (2000). *Derechos y justicia procesal*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

- MORESO, J. J. (2003). *"Neoconstitucionalismo(s)". Conflictos entre principios constitucionales*. Madrid: Ed. Trotta.
- MOYA, D., & AGUELO NAVARRO, P. (s.f.). *La reforma de la Ley de extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MUELA, A. M. (1979). *Derecho Internacional Privado Tomo II 8ª ed.* Madrid.
- ODERO, A. (1999). *El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT*. Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica Tomo I.
- OJEDA AVILÉS, A. (2002). *Comentario a la Constitución socio-económica de España. La libertad sindical*. Granada: Ed. Comares.
- PAGÉS, J. L. (2001). *Derechos de configuración legal. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales. Tomo III*. Madrid: Ed. Civitas.
- PALOMBELLA, G. (1999). *Derechos Fundamentales. Argumentos para una teoría*. Alicante: Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Num. 22.
- PARDO, I. D. (1988). *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial del art. 53.1 de la Constitución. En MARTÍN-RETORTILLO, L-DE OTTO, Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Ed. Civitas.
- PARRA VERA, O. (s.f.). *El contenido esencial del derecho a la salud. En, Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Chistian Courtis Recopilación*.
- PEÑA, R. M. (1989). *Los derechos de los extranjeros en España*. Madrid: Ed. Tecnos.
- PEÑA, S. (2001). . *"La historia reciente de la legislación española sobre derechos y libertades de los extranjeros y algunas de las actuaciones que ha provocado"*. En Javier DE LUCAS, Ángeles SOLANES, Salomé

PEÑA. *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*. Valencia: Ed. Germanía.

PEREZ LUÑO, A. E. (1987). *Concepto y Concepción de los derechos humanos. Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta*. Alicante: Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho Num.4.

PICO LORENZO, C. (1990). *El Derecho al trabajo y a la residencia de los extranjeros no comunitarios. La escasa protección de los pactos y convenios internacionales de derechos humanos*. En Jueces para la democracia Num. 11.

PICO LORENZO, C. (1994). *Derechos fundamentales de los extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto rango legal. El trabajo del extranjero como derechos de configuración legal. Concesiones sobre las distintas vías de obt.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

PISARELLO, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Ed. Trotta.

PONCE SOLÉ, J. (2013). *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

POZZOLO, S. (2003). *"Neoconstitucionalismo(s)" Un constitucionalismo ambiguo*. Madrid: Ed. Trotta.

RAMOS QUINTANA, M. I. (2003). *"Derechos y libertades de los extranjeros en España", Tomo I, XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Santander: Ed. Gobierno de Cantabria.

REDONDO, M. C. (1977). *El carácter práctico de los deberes jurídicos*. Buenos Aires.

- REVENGA SÁNCHEZ, M. (2009). *Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución Española)*. Madrid: Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid.
- RODRÍGUEZ, A. A. (2000). *La nueva ley española de extranjería ¿ruptura e incumplimiento de Tampere? ¿innovación o seguimiento del modelo italiano?* MADRID: Revista Migraciones Num. 7.
- RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M. (1999). *OIT, derechos humanos y libertad sindical". Relaciones laborales*. Revista crítica de teoría y práctica Tomo I.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (1999). *La libertad sindical y el Convenio 87 (1948) OIT*. Relaciones laborales. Revista Critica de teoría y práctica Tomo I.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (2001). *Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante*. Madrid: Revista Relaciones Laborales.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. (2001). *Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante*. Madrid: La Ley.
- RUBIO LLORENTE, F. (1977). *Constitucion y Educacion*. Madrid: Ed. Edersa.
- RUBIO, A. (2001). *El derecho a la igualdad y a la no discriminación. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Civitas.
- SALCEDO BELTRAN, M. d. (2014). *Incumplimientos por España de la Carta Social Europea. Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Estudios Revista Num.82.
- SANCHIS, L. P. (2003). *"Neoconstitucionalismo(s)" Constitucionalismo y ponderación judicial*. Madrid: Ed. Trotta.

- SANJUAN, T. F. (1992). *Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*. Barcelona.
- SANJUAN, T. F. (2001). *Contenido esencial de los derechos fundamentales. Temas básicos de Derecho Constitucional. Tribunal Constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.
- SANTOLAYA MACHETTI, P. (s.f.). *Estudio Introductorio a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Ed. Lex Nova.
- SCHMILL, U. (2002). *Comentarios al juspositivismo crítico y democracia constitucional de Luigi Ferrajoli*. Alicante: Isonomía: revista de teoría y filosofía del derecho.
- SOLANES, Á. (2010). *Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010*. Madrid: Revisata del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- SOMMERMAN, K.-P. (1996). *El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948. En PÉREZ LUÑO, A-E. (Coord.): Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- SWEPTON, L. (s.f.). *La OIT y los derechos humanos: del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*.
- TRIGUERO MARTINEZ, L. A. (2012). *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*. Granada: Ed. Comares.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (1996). *El derecho a la Negociación Colectiva en la Jurisprudencia Constitucional*. Madrid: Ed. MTAS.
- VALDES DAL-RÉ, F. (2002). *Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo*. Valladolid.

- VALDES, E. G. (1989). *Representacion y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- VALDES, E. G. (1989). *Representación y Democracia*. Madrid: Ed. Doxa.
- VALDÉS, E. G. (2000). *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. Constitucionalismo y diversidad cultural*. Revista Isonomía.
- VAQUER CABELLERIA, M. (s.f.). *Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad*. Barcelona: Insituto de Derecho Publico.
- VAQUERO, C. P. (2011). *La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea*.
- VERA, E. P. (1982). *La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado: normas en materia de nacionalidad y extranjería*. Madrid: Revista de Derecho público Num. 86.
- WALDRON, J. (1994). *A Right-Bases Critique of Constitutional Rights*. Law and Philosophy Vol.13.
- YTURBE, C. (2000). *Constitución, globalización y ciudadanía*. Mexico: Revista Isonomía, Num 12.
- ZAGREBELSKY, G. (1997). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Ed. Trotta.